Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IX.

Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung.

Von Fitting.

(Fortsetzung.)

IX. Der titulus pro herede.[147])

45. Um in diesem schwierigen und streitvollen Gebiete einen festen Boden zu gewinnen, müssen vor allen Dingen verschiedene Arten der pro herede possessio wohl aus einander gehalten werden.

Zuvörderst ist nämlich zu unterscheiden die pro herede possessio des wirklichen civilen Erben, des heres, selbst und die pro herede possessio eines andern, als des heres. Bei dieser zweiten aber ergibt sich wieder eine Verschiedenheit des Begriffes, je nachdem er in Rücksicht auf die pro herede usucapio, oder aber in Rücksicht auf die hereditatis petitio betrachtet wird. Gegenüber der letzten ist er nämlich ein engerer, als gegenüber der ersten. In Ansehung der Erbschaftsklage erscheint als pro herede possessor blos derjenige, welcher sich als heres oder bonorum possessor zum Besitze des Nachlasses berechtigt glaubt. Für die pro herede usucapio dagegen wurde nach dem alten Rechte, mit dem ich mich wieder in erster Linie beschäftigen muß, ein solcher Glaube bekanntlich nicht erfordert. Selbst ein unredlicher Besitzer konnte pro herede usucapiren, so daß der Begriff der pro herede possessio, wie er sich in Beziehung auf die pro herede usucapio stellt, auch manche Fälle der pro possessore possessio mit

147) Ueber die pro herede usucapio sind besonders zu vergleichen Unterholzner Verjährungsl. I. §. 106, 107 (S. 357 ff.) und die gründliche Abhandlung von Huschke in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. XIV. S. 145 ff.

umfaßt.[148]) In den übrigen Merkmalen kommen jedoch die beiden zuletzt unterſchiedenen Bedeutungen von pro herede possessio überein. Die pro herede possessio, wie ſie in Hinſicht auf die Erbſchaftsklage verſtanden wird und gegenüber dieſer Klage auf eine günſtigere Behandlung Anſpruch gibt, ſtellt ſich alſo dar als eine bloſe Unterart der pro herede possessio, wie ſie zur usucapio pro herede genügt. Man könnte daher die beiden Begriffe nach dem Vorgange von Fabricius im Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz. IV. S. 169 Note 8 ganz paſſend als pro herede possessio im weitern und engern Sinne bezeichnen.[149])

Die Nothwendigkeit der gemachten Unterſcheidungen, namentlich der Unterſcheidung zwiſchen der pro herede possessio des heres ſelbſt und derjenigen eines andern als des heres wird ſich am beſten und ſattſamſten im Verlaufe der Erörterung herausſtellen. Hier mag es vorläufig an der Berufung auf folgende Stellen genügen.

Man leſe zuvörderſt Gai. II, 52 verb.:

> accidit, ut qui sciat, alienam rem se possidere, usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit; — — quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

---

148) Manche, aber keineswegs alle. Denn wer z. B. wiſſentlich von einem Geiſteskranken gekauft; oder etwas als dos angenommen, wiewohl er die Ungültigkeit der Ehe gekannt; oder wiſſentlich durch ungültige Schenkung etwas erhalten u. dgl., der beſitzt pro possessore und kann daher nach dem Tode des Eigenthümers von den Erben deſſelben mit der hereditatis petitio belangt werden. (L. 13. §. 1 D. de H. P. 5, 3.) Dagegen vermag er — wegen des Satzes: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest — nicht pro herede zu uſucapiren, beſitzt alſo in keinem Sinne und ſelbſt in bloſer Rückſicht auf die pro herede usucapio nicht pro herede. (L. 2. §. 1, 2 D. pro herede 41, 5 vgl. L. 33 §. 1 D. de usucap. 41, 3.) Vgl. auch Francke Commentar über den Pandektentitel de H. P. S. 140 fg., 144.

149) Völlig überſehen wird die Verſchiedenheit der Bedeutungen von pro herede possessio von Huſchke S. 163 a. E., 201 ff.

und hinwieder Gai. IV. 144 verb.:

> pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens, ad se non pertinere, possidet.

In diesen beiden Stellen treten sämmtliche verschiedene Bedeutungen der pro herede possessio auf. Wir sehen, daß dem heres selbst eine pro herede possessio zugeschrieben wird, und ferner, daß in Ansehung der pro herede usucapio jeder Besitz pro herede possessio heißt, welcher zu ihr hinführen kann, gleichviel, ob der Besitzer sich in gutem oder bösem Glauben befindet; daß dagegen der hereditatis petitio und dem interdictum quorum bonorum gegenüber nur der Erbschaftsbesitz in gutem Glauben (dem interdictum quorum bonorum gegenüber auch der Besitz des heres selbst) die Benennung als pro herede possessio erhält, während jeder unredliche Erbschaftsbesitz unter den Begriff der pro possessore possessio gestellt wird.

Obgleich dieser Beweis an sich schon vollkommen ausreichend erscheinen dürfte, so will ich doch noch einen weitern beifügen, dem vielleicht ein noch höherer Werth gebürt, da er nicht aus den bloßen Aeußerungen eines römischen Juristen fließt, sondern aus der Fassung des interdictum quorum bonorum, wie sie uns in L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2 überliefert ist. Es heißt nämlich darin unter anderm:

> quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset.

Man sieht, es wird hier auch bei einem solchen, welcher dem interdictum quorum bonorum und der hereditatis petitio gegenüber nur pro possessore besitzt, die Möglichkeit einer pro herede usucapio und folglich einer pro herede possessio in dem andern Sinne vorausgesetzt.

Weil übrigens die Begriffe von pro herede possessio

in Ansehung der hereditatis petitio und in Ansehung der pro herede usucapio sich blos durch das eine Merkmal des dort erforderlichen, hier nicht erforderlichen guten Glaubens unterscheiden, so ist dieser Unterschied für unsere Zwecke zunächst nicht weiter von Belang. So lange sich die Untersuchung auf dem Boden des ältern römischen Rechtes bewegt, kommt vielmehr nur der Sonderung der pro herede possessio des heres selbst und der pro herede possessio eines andern als des heres, und zwar der letztern in dem Sinne, wie sie zu der pro herede usucapio ausreicht, eine Erheblichkeit zu.[150])

150) Nur anmerkungsweise will ich bei der pro herede possessio in dem Sinne, wie der Ausdruck in Rücksicht auf die Erbschaftsklage verstanden wird, noch einen Augenblick verweilen. Ich habe als pro herede possessor gegenüber dieser Klage blos denjenigen angegeben, der sich als heres oder als bonorum possessor zum Besitze des Nachlasses für berechtigt hält. Vgl. dazu L. 33 §. 1 D. de usuc. 41, 3 (Iulian.). Gewöhnlich rechnet man aber auf Grund von L. 11 pr., L. 12 D. de H. P. 5, 3 (Ulp.) auch denjenigen hierher, welcher zwar weiß, daß er nicht Erbe ist, aber wenigstens die Keckheit hat, sich lügnerischer Weise als Erben hinzustellen. Seltsam genug allerdings, daß der (überführte) Lügner anders und besser behandelt werden sollte, als wer der Wahrheit die Ehre gibt. Aber diese Annahme ist auch in der That nicht richtig. Sie steht im entschiedensten Widerspruche mit Gai. IV, 144 (S. 241), einer unverkennbar in der Absicht voller Genauigkeit geschriebenen, freilich bei der Behandlung vorliegender Frage fast nirgends beachteten Stelle, ferner mit §. 3 I. de interd. 4, 15 verb.: „pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse", und mit Theophil. ad h. l., endlich und besonders auch mit L. 1 §. 9 in fin. D. si quis om. caus. 29, 4 (Ulp.). Und in L. 12 cit. erheben sich gegen die Uebersetzung des vel mit „sogar (nicht)" in den Worten „nec contendet se heredem vel per mendacium" schon rein sprachlich große Bedenken, da Ulpian, um auszudrücken, daß pro possessore besitze, wer nicht einmal lügnerischer Weise sich für den Erben ausgebe, nicht vel, sondern ne quidem müßte geschrieben haben. Uebersetzt man aber das vel seiner gewöhnlichen nächsten Bedeutung gemäß mit „oder", so erhält die Stelle folgenden einfachen, schon in der Anm. 15 (Bd. 51 S. 11) angegebenen Sinn, wodurch sie zugleich mit den vorhin angeführten Stellen in besten Einklang kommt: Pro possessore besitzt, wer gar nicht behauptet, Erbe zu sein, oder es doch nur mittels einer Lüge (d. h. gegen besseres Wissen) behauptet. (Vgl. auch die Glosse ad h. l.) Was endlich die L. 11 pr. cit. angeht, so wird darin genau genommen gar nicht einmal gesagt, daß

46. Daß auch der Besitz der Erbschaftssachen durch den heres selbst als pro herede possessio angesehen und bezeichnet worden, dafür habe ich vorerst zum Belege nur Gai. IV, 144 angeführt. Es fehlt aber nicht an noch andern Be-

---

„qui scit se heredem non esse" gegenüber der hereditatis petitio als pro herede possessor zu betrachten, sondern blos, daß er mit dieser Klage belangbar sei, was auch in Ansehung eines pro possessore possessor zutrifft. Sodann aber und hauptsächlich müssen die herausgehobenen Worte „qui scit se heredem non esse" durchaus gar nicht nothwendig von demjenigen verstanden werden, welcher mit dem Bewußtsein, daß ihm jede Erbberechtigung fehle, nur lügnerisch eine behauptet, sondern sie lassen sich ganz eben so gut auf denjenigen beziehen, der zwar weiß, daß er nicht heres ist, aber als Universalfideicommissar u. dgl. (man denke im Sinne Ulpian's auch noch an bona vacantia, caduca und ähnliches) ein Anrecht auf den Nachlaß zu haben glaubt. Und daß diese zweite Art der Auslegung die einzig richtige, daß Ulpian in der That nur an einen Fall solcher Art gedacht, erhellt erstens aus der Bemerkung: „quo iure nos uti, Proculus scribit", einer Bemerkung, welche bei der Beziehung der Stelle auf einen Erbrecht blos lügnerisch vorgebender Besitzer völlig sinnlos erscheinen müßte; denn daß ein solcher Lügner der hereditatis petitio hafte, kann doch niemals zweifelhaft gewesen sein. Zweitens aber und noch deutlicher geht es auch hervor aus dem unmittelbar folgenden Satze: „Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere". Man vergleiche auch noch die nahe verwandte L. 20 §. 13 D. eod. 5. 3 aus dem nämlichen Werk und Buch Ulpian's, und die L. 1 C. de inoff. test. 3, 28 (Imp. Severus) verb.: „ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideret". S. auch Fabricius a. a. O. S. 171; Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts u. Civilprocesses S. 35. Um wie vieles nach dieser Auffassung die Begriffe von pro herede und pro possessore possessio sich einfacher und befriedigender gestalten, braucht nicht erst besonders hervorgehoben zu werden. Ich benutze übrigens die Gelegenheit, um eine kleine Ungenauigkeit in Betreff der pro possessore possessio zu berichtigen. Ich habe dieselbe in No. 6 (Bd. 51 S. 10) bestimmt als unredlichen Eigenthumsbesitz, dem selbst ein wirklicher Titel abgehe. Nun wird aber auch dem von dem andern Ehegatten beschenkten Ehegatten nur eine pro possessore possessio zugeschrieben, ohne daß bei ihm von einer eigentlichen mala fides die Rede sein könnte (S. oben S. 15). Die pro possessore possessio wird daher genauer zu bestimmen sein als Besitz mit dem animus domini, aber ohne wirklichen Titel und mit dem Bewußtsein, daß kein solcher vorhanden sei. Beides muß zusammentreffen: der Mangel des Titels selbst und das Wissen von

legen. In L. 33 §. 1 D. de usuc. 41, 3 verb. Idem hic rel. schreibt Julian dem heres eine pro herede possessio an den Sachen zu, welche im Eigenthum des Erblassers (wenn auch nicht in seinem Besitze) gestanden. Ferner hören wir von Paulus in L. 3 §. 4 D. de acq. poss. 41, 2, daß nach der von ihm getheilten Ansicht mancher Juristen eine Sache, die schon im Besitze des Erblassers gewesen, von dem heres aus doppeltem Titel besessen werde, aus demjenigen, welcher dem Besitze des Erblassers zu Grunde gelegen, und zugleich pro herede. Endlich lehrt L. 13 §. 11 D. de H. P. 5, 3 nicht allein, daß Ulpian ebenfalls dieser Ansicht war, sondern auch, daß die Anhänger derselben eine pro herede possessio des heres sogar an solchen Sachen annahmen, woran der Erblasser blos titulirten Besitz und nicht zugleich das Eigenthum gehabt. Denn falls man nur die Stelle unbefangen ansieht, an welche andere Frage könnte darin gedacht sein, als an diejenige, ob der Erbe des Eigenthümers einer Sache von dem Erben dessen, welcher diese Sache pro emtore besessen, sie nur mit der rei vindicatio, oder ob er sie auch mit der hereditatis petitio abfordern könne? und wenn Ulpian das zweite für feststehend erklärt, auf welchem andern Grunde kann diese Entscheidung ruhen, als auf der erwähnten Ansicht, daß der Erbe alle Sachen, welche sich schon im Besitze des Erblassers befunden, nicht blos aus dem Titel, aus dem sie der Erblasser besessen, sondern zugleich pro herede besitze? [151])

War man aber einmal so weit gegangen, so war es nur

---

diesem Mangel, eines für sich allein ist nicht ausreichend. In den weitaus meisten Fällen wird denn freilich unter diesen Voraussetzungen auch eine mala fides anzunehmen sein.

151) Diese einfache und natürliche Erklärung der Stelle findet sich schon in der Glosse (glo. Heredem, Heredem autem, Teneri, Teneatur ad h. l.), und zwar bereits mit Hinweisung auf die L. 3 §. 4 cit. In der That verschwindet jede Schwierigkeit, die man gewöhnlich in der Stelle erblickt, und allerlei künstliche und gezwungene Deutungen werden überflüssig, sobald man sie mit jener andern in Verbindung bringt. Ueber die gewöhnliche Auslegung vgl. Francke Commentar zum Titel de H. P. S. 164 fg.

noch ein kleiner Schritt, dem heres auch an Sachen, welche der Erblasser wissentlich ohne jeden Titel (also pro possessore) besessen, die aber der heres in gutem Glauben für Sachen des Erblassers hält, eine pro herede possessio zuzuschreiben; ihm überhaupt eine pro herede possessio zuzuschreiben an allen Sachen, welche er guten Glaubens für Erbschaftssachen annimmt, sollten sie auch vielleicht noch gar nicht im Besitze oder selbst nur der Innehabung des Erblassers gestanden haben. Und daß wirklich mindestens ein Theil der römischen Juristen auch diesen Schritt gethan, das dürfte sich mit einem ausreichenden Grade von Wahrscheinlichkeit aus der alsbald näher zu besprechenden L. 3 D. pro herede 41, 5 ergeben.[152])

---

152) Auch auf L. 13 §. 3 D. de H. P. 5, 3 darf man sich einigermaßen berufen. Diese aus Ulp. lib. XV. ad Edict. entnommene Stelle lautet so:

Neratius libro VI. Membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret, pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse libro VII. ait, etiamsi putavit heres, eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.

Die beiden hier gesetzten Fälle haben im Sinne des Neratius und des Ulpian offenbar das mit einander gemein, daß der Erblasser eine zu einer andern Erbschaft gehörige Sache pro herede oder pro possessore besessen hat. Sie unterscheiden sich dadurch, daß in dem ersten Fall sein Erbe gar nicht einmal von dem Besitze des Verstorbenen weiß (der Ton liegt auf dem „possedisse"), also auch nicht weiß, daß sich die Sache bei dem Nachlasse desselben befindet. In dem zweiten Fall dagegen weiß er, daß der Verstorbene die Sache im Besitze gehabt hat und daß diese bei dem Nachlasse sich vorfindet, es ist ihm aber unbekannt, daß sie zu einer andern Erbschaft gehört, als deren Stück sein Erblasser sie pro herede oder pro possessore besessen; er hält sie vielmehr in gutem Glauben für eine von seinem Erblasser anderweit erworbene Sache, also für ein Stück der ihm deferirten Erbschaft, und nimmt sie als ein solches in Besitz. Ist so das Verhältniß der beiden Fälle zu denken, so gelangt man zu der Frage: warum haben es die beiden Juristen für nothwendig geachtet, den zweiten Fall neben dem ersten noch besonders zu erwähnen und hervorzuheben? Der Grund kann einzig darin liegen, daß in dem zweiten Fall eine Schwierigkeit vorhanden war, welche der erste nicht darbot. Worin anders aber könnte diese Schwierigkeit zu

Wie weit hier übrigens im Sinne der Römer ein wirklicher oder ein blos putativer Titel pro herede anzunehmen, wird nach dem Stande der Quellen schwer auszumachen sein. Selbst allgemeine Erwägungen und innere Rücksichten, welche in so vielen andern Fällen aushelfend eintreten, gewähren dieses Mal nur eine sehr unzulängliche Hülfe. Denn von zweierlei möglichen Auffassungen scheint jeder an und für sich ganz gleich viel Berechtigung zuzukommen. Wollte man von der einen Seite vorbringen, daß als wahrer Gegenstand der Vererbung doch blos dasjenige angesehen werden könne, was dem Erblasser zur Zeit seines Todes gehöre, und daß also auch nur in Hinsicht auf solche Vermögensstücke das Dasein eines verus titulus pro herede dürfe zugegeben werden: so ließe sich von der andern mit nicht minderm Fuge vertheidigen, daß das Vorhandensein eines solchen Titels Anerkennung finden müsse

---

suchen sein, als in dem erwarteten Einwande, daß der heres, welcher die Sache für ein Stück der ihm deferirten Erbschaft halte, sie aus neuem selbständigem Titel pro herede besitze? und zwar pro herede besitze in Beziehung auf die Erbschaft, welcher er sie fälschlich zurechne, nicht in Beziehung auf die andere, zu welcher sie wirklich und eigentlich gehöre? Der Satz ist richtig, so scheint der Gedankengang des Neratius zu sein, allein der Einwand trifft nicht zu. Denn erstens muß sich der heres die hereditatis petitio aus der Person seines Erblassers gefallen lassen, da jedenfalls dieser in Rücksicht auf die Erbschaft, wozu die Sache wirklich gehört, sie pro herede oder pro possessore besaß, der heres aber, neben seinem selbständigen Titel pro herede, die schon im Besitze seines Erblassers gewesenen Sachen immer auch aus dem Titel besitzt, aus welchem sie dieser besessen (Vgl. L. 3 §. 4 D. de acq. poss. 41, 2). Zweitens kann aber der heres auch noch aus seiner eigenen Person als pro herede possessor belangt werden. Denn die hereditatis petitio ist gegen jeden begründet, welcher Stücke der fraglichen Erbschaft pro herede besitzt, gleichviel, ob er gerade in Rücksicht auf diese Erbschaft, oder aber in Rücksicht auf eine andere so besitzt. (Vgl. L. 13 §. 11 D. eod.) — Einer ähnlichen Erklärung begegnet man schon in der Glosse, welche namentlich auch darauf aufmerksam macht, daß der Erbe, welcher eine von seinem Erblasser pro herede besessene Sache in gutem Glauben für ein Stück der Erbschaft dieses seines Erblassers halte und in Besitz nehme, aus doppeltem Grunde pro herede besitze, nämlich einmal aus der Person seines Erblassers und sodann auch wieder aus seiner eigenen. Eine andere Auslegung gibt Francke Commentar zum tit. D. de H. P. S. 151.

in Anſehung alles desjenigen, was der Erblaſſer thatſächlich zu ſeinem Vermögen gerechnet. Denn über alles dieſes habe er offenſichtlich in ſeinem Teſtamente verfügen wollen. Weil aber die in Ermangelung der teſtamentariſchen eintretende geſetzliche Berufung zur Erbfolge gewiſſermaßen nur einen Erſatz der teſtamentariſchen darſtelle und den Gegenſtänden nach genau die nämliche Ausdehnung habe, wie dieſe, ſo müſſe auch ſie ganz in dem gleichen Umfang einen verus titulus pro herede begründen. Nun könne es zwar ſein, daß der berufene heres gewiſſe Sachen, welche der Erblaſſer thatſächlich zu ſeinem Vermögen gerechnet, nicht wirklich erwerbe, weil ſie vom Standpunkte des Rechtes nicht wahre Vermögensſtücke des Erblaſſers geweſen. Allein dadurch werde auch für ſolche Sachen das Daſein eines verus titulus pro herede nicht ausgeſchloſſen; ſo wenig als das Daſein eines verus titulus pro emtore oder pro donato dadurch, daß die verkaufte oder verſchenkte Sache nicht Eigenthum des Verkäufers oder Verſchenkers ſei.

Aber, höre ich fragen, ſollte man denn nicht mit einem ganz einfachen Geſichtspunkte zu einem ſichern und richtigen Ziele gelangen? Iſt die hereditas nicht ein und daſſelbe mit den bona defuncti? und iſt es deswegen nicht am natürlichſten, einen verus titulus pro herede in Anſehung aller derjenigen Sachen anzunehmen, aber auch blos in Anſehung derjenigen, die zu den bona des Erblaſſers gehören? Gewiß wäre dieſes das natürlichſte; und dieſer Geſichtspunkt müßte ohne jedes Bedenken feſtgehalten werden, wenn nur die Quellen eine feſte Beſtimmung darüber gäben, was denn eigentlich zu den bona jemandes zu zählen. Eine ſolche feſte Beſtimmung laſſen ſie aber leider vermiſſen. Die Vieldeutigkeit des Ausdruckes „in bonis esse“ iſt bekannt genug. Während er in den Inſtitutionen des Gaius regelmäßig das ſ. g. bonitariſche Eigenthum bezeichnet und in dieſer Bedeutung alſo, wie zum Ueberfluß aus Gai. II §. 88 verglichen mit §§. 92 sqq. erſichtlich, den bloſen redlichen Eigenthumsbeſitz entſchieden ausſchließt, lehrt Ulpian in dem 59. Buche ſeines Edictscommentars (L. 49 D. de V. S. 50, 16), daß „in bonis

nostris“ zu rechnen nicht allein, was in unſerm Eigenthum ſtehe, ſondern auch, was von uns in gutem Glauben beſeſſen werde. In dem 56. Buche des nämlichen Werkes aber (L. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47, 8) macht derſelbe Juriſt einen Unterſchied zwiſchen Sachen, welche „in bonis“, und Sachen, welche „ex bonis“ jemandes ſeien. Jenes ſcheint er hier in dem vorhin berührten engern Sinn zu verſtehen und folglich blos auf Eigenthum zu beziehen; unter den res ex bonis alicuius dagegen werden von ihm, ſoviel aus den von ihm gebrauchten Beiſpielen zu ſchließen („sive commodata res sit, sive locata, sive etiam pignorata proponatur, sive deposita apud me sic, ut intersit mea eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam vel quod aliud ius, ut intersit mea non rapi“), alle Sachen verſtanden, welche ſich in der thatſächlichen Innehabung einer Perſon befinden und an deren thatſächlichem Haben und Behalten ſie ein Intereſſe hat. Hält man nun wieder die L. 2 §. 22 D. cit. mit der L. 19 pr. D. de H. P. 5, 3 (aus Paul. lib. XX. ad Edictum) zuſammen, ſo erkennt man leicht, daß wegen aller ſolcher res ex bonis eines Verſtorbenen ſeinem Erben die hereditatis petitio zugeſtanden wird.[153]) Folgt daraus nicht, daß dieſe Sachen ſämmtlich als Stücke der Erbſchaft zu betrachten, und daß ſonach in Anſehung ihrer aller für den Erben ein verus titulus pro herede beſteht? Allein dem Verſuch einer ſolchen Schlußfolgerung würde ſofort die L. 19 pr. D. cit. ſelbſt in den Weg treten. Denn Paulus ſagt ganz ausdrücklich, daß mit der hereditatis petitio nicht blos „hereditaria corpora“ gefordert werden könnten, ſondern auch ſolche, „quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet“, und als Beiſpiele der letztern nennt er „res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve“. Seine weitere Aeußerung aber: „Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut

153) Vgl. Francke Commentar über den tit. D. de hereditatis petitione S. 204, beſonders Note 3 daſelbſt.

illae, quarum nomine Publiciana competit" führt zu der Vermuthung, daß er sogar auch die Sachen, welche in dem bloßen Usucapionsbesitze des Erblassers gestanden, nicht für wahre Erbschaftssachen ansehe. Kurz, er scheint als wahre Erbschaftssachen nur anzuerkennen die Sachen, welche im Sinne der L. 2 §. 22 cit. res in bonis des Verstorbenen gewesen. Folglich scheint denn auch das Dasein eines verus titulus pro herede nur in Ansehung solcher res in bonis des Verstorbenen anerkannt werden zu dürfen. In Ansehung derjenigen Sachen, welche blos ex bonis, nicht in bonis, oder sogar nicht einmal ex bonis des Erblassers gewesen, welche aber der Erbe irrthümlicher Weise für res in bonis desselben hält, würde demnach blos ein putativer Titel pro herede anzunehmen sein.

Will man diese Regel für richtig anerkennen, so ergibt sich mit Sicherheit jedenfalls so viel, daß der heres einerseits die Sachen, welche im Eigenthum, sei es im vollen quiritarischen, oder auch im bloßen bonitarischen, des Erblassers gestanden, auf Grund eines verus titulus pro herede besitzt, und daß er auf der andern Seite die Sachen, welche der Erblasser nur in fremdem Namen inne gehabt, als geliehene, vermiethete, ihm zu Pfand versetzte u. dgl., höchstens kraft eines vermeintlichen Titels pro herede besitzen kann. Noch viel weniger darf natürlich dem heres ein Titel in Betreff solcher Sachen zugeschrieben werden, die selbst noch nicht einmal in der Innehabung des Erblassers gewesen, sondern die erst nach seinem Tod unter seinen Nachlaß gerathen sind. Und auch das wird sich noch mit Sicherheit aussprechen lassen, daß sogar an Sachen, die zwar in wahrem Eigenthumsbesitz, aber nicht in einem Usucapionsbesitze des Erblassers sich befunden haben, dem heres von den römischen Juristen kein anderer, als ein blos putativer titulus pro herede beigelegt worden sei. Zweifelhafter ist die Entscheidung in Ansehung derjenigen Sachen, welche der Erblasser in seinem Usucapionsbesitze gehabt hat, und zwar um deswillen, weil Ulpian in der L. 49 D. de V. S. 50, 16 ganz ausdrücklich die von uns in gutem Glauben besesse-

nen Sachen in die Reihe der „in bonis nostris“ zu zählenden stellt. Doch dürfte die angeführte L. 19 pr. D. de H. P. 5, 3 in Verbindung mit der cit. L. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47, 8 eine überwiegende Vermuthung begründen, daß die Römer auch selbst in Betreff solcher Sachen nur einen blos putativen Titel pro herede angenommen, und wer sich auf Worte steifen wollte, der könnte sich zu Gunsten dieser Vermuthung auch noch darauf berufen, daß Ulpian in der L. 13 §. 11 D. de H. P. 5, 3 in Hinsicht auf die Sachen, welche der Erblasser pro emtore besessen, ohne doch wirklich Eigenthümer zu sein, den heres blos als quasi pro herede possidens bezeichne.

Man könnte vielleicht versucht sein, die ganze Frage, wie weit dem heres ein wahrer oder ein blos putativer titulus pro herede zur Seite stehe, für sehr gleichgültig zu erklären. Sie ist aber in der That gar nicht gleichgültig. Ihre Lösung bildet vielmehr die unumgängliche Vorbedingung für die Erörterung einer weitern Frage, welcher ich mich nunmehr zuwende.

47. Es entsteht nämlich die Frage, ob an die pro herede possessio, welche man dem heres selber zuschrieb, auch eine pro herede usucapio angeschlossen worden sei. Vorerst ist jedoch zu untersuchen, in wie weit und in welchen Fällen überhaupt von einer solchen usucapio die Rede sein konnte.

Es versteht sich von selbst, daß davon nicht die Rede sein konnte in Ansehung derjenigen Sachen, welche bereits im quiritarischen Eigenthum des Erblassers gewesen. Denn an ihnen erhielt auch der heres sofort durch den Erbschaftserwerb das quiritarische Eigenthum. Das mögliche Gebiet einer solchen Usucapion beschränkte sich also von vornherein auf Sachen, welche der heres in gutem Glauben als Sachen des Erblassers in Besitz genommen, die aber nicht in dem quiritarischen Eigenthum des letztern gestanden.

Man könnte aber geneigt sein, aus diesem Gebiet ohne weiteres auch noch alle diejenigen Sachen auszuscheiden, die der Erblasser bereits in Besitz oder auch nur in Detention ge-

habt hat.[154]) Denn, könnte man sagen, es ist ein feststehender Rechtssatz, daß ein Besitz oder auch eine bloße Detention, welche schon der Erblasser gehabt, sich völlig in der nämlichen Eigenschaft auf den Erben überträgt, oder, um noch genauer zu reden, daß der Besitz, welchen der Erbe an bereits vom Erblasser besessenen Sachen erwirbt, juristisch ganz eben so, wie der Besitz des Erblassers, beurtheilt und behandelt wird, — ganz eben so, als ob er in der Person des Erblassers selbst noch fortdauerte. Daraus folgt, daß, falls der Erblasser in der Lage gewesen zu usucapiren, der Erbe die Usucapion einfach aufnimmt und fortsetzt, und zwar auf Grund des nämlichen Titels, aus dem jener sie begonnen. Fehlte es dagegen dem Erblasser an den Bedingungen einer Usucapion, z. B. wegen mangelnden guten Glaubens, so kann auch der Erbe nicht usucapiren, ohne daß sein eigener guter Glaube irgend in Betracht käme. Es kann also in Rücksicht auf Sachen der genannten Art von einer selbständigen Usucapion des Erben niemals die Sprache sein.[155])

Allein hiegegen läßt sich doch mancherlei einwenden. Im Justinianischen Rechte freilich ist die Geltung der genannten Regeln nicht zu bestreiten; ob sie aber von jeher gegolten, kann sehr füglich in Frage kommen. Auf gewisse Einschränkungen, die erst Justinian aufgehoben, leiten schon L. un. §. 3 C. de usuc. transf. 7, 31, §. 12 I. de usuc. 2, 6 und Theophil. ad h. l. mit Bestimmtheit hin.

So viel zwar scheint bereits unter den klassischen Juristen, mindestens seit der Zeit Hadrian's, allgemein anerkannt gewesen zu sein, daß die vom Erblasser angefangene Usucapion weiter laufe zu Gunsten der Erbschaft oder auch des Erben, gesetzt daß dieser in Betreff der Sache nicht in bösem Glau-

---

154) Vgl. z. B. Roßhirt in diesem Archive XI. S. 21, Vangerow Pand. I. §. 320 Anm. 1 (7. Aufl. S. 594), Puchta Vorlesungen §. 157.

155) Vgl. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 99 Nr. 2 (S. 332), §. 132, 133 (S. 463 ff.), Vangerow Pand. I. §. 320 Anm. 1 und §. 322 Anm. 2 (7. Aufl. S. 594 und 607) u. a.

ben.[156]) Und in Rücksicht auf Grundstücke scheint sogar schon der weitere Grundsatz gegolten zu haben, daß für die Fortsetzung der Usucapion auf den guten oder bösen Glauben des Erben nichts ankomme.[157]) In Ansehung der beweglichen Sachen hingegen hatte man diesen weitern Schritt noch nicht, und bis auf Justinian noch nicht gethan, wie daraus erhellt, daß dieser Schritt in den oben (S. 251) genannten Stellen als eine Neuerung Justinian's bezeichnet wird.[158])

---

156) L. 40 D. de usucap. 41, 3 (Neratius); L. 20 D. eod. (Iavolenus); L. 6 §. 2 D. pro emt. 41, 4 vgl. L. 24 §. 1 D. de usucap. 41, 3 (Pomponius); L. 7 pr. D. pro emt. 41, 4 (Iulianus); vgl. auch L. 15 pr. D. de usucap. 41, 3 (Iulianus, Marcellus, Paulus); L. 31 §. 6 D. eod. (Iulianus. Paulus); L. 44 §. 3 D. eod. (Papinianus); L. 30 pr. D. ex quib. caus. mai. 4, 6, L. 19 §. 1 D. de H. P. 5, 3, L. 30 §. 5 D. de acq. poss. 41, 2, L. 31 §. 5, 6 D. de usucap. 41, 3 (Paulus): L. 7 §. 12 D. de Publ. act. 6, 2 (Ulpianus). — Daß die successio in usucapionem von jeher so selbstverständlich gewesen, wie Unterholzner Verjährungsl. I. S. 464, 466 und Böcking Pand. II. §. 148 g. (S. 117) meinen, kann doch sehr die Frage sein. Ich will nur daran erinnern, daß das römische Recht eine Succession des Erben in den Besitz des Erblassers nicht annimmt. Daß aber eine jede Unterbrechung des Besitzes auch eine Unterbrechung der bisherigen Usucapion nach sich ziehen, und daß daher für den Erben, gleichwie er den Besitz neu erwerben muß, auch eine neue Usucapion beginnen müsse, das scheinen doch so nothwendige Consequenzen zu sein, daß schwer zu denken ist, man habe für die Usucapion von Anfang an das Gegentheil anerkannt.

157) Vgl. L. 43 pr. D. de usucap. 41, 3 (Papinianus); L. 2 §. 19 D. pro emt. 41, 4 (Paulus).

158) Nur durch diese Auslegung ist für gedachte Stellen ein sprachlich und sachlich befriedigender Sinn zu gewinnen. Sachlich befriedigend; denn daß man vor Justinian zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen den im Text erwähnten Unterschied gemacht, kann nicht besonders auffallend erscheinen. Um deswillen nicht, weil sich die wissentliche Besitzergreifung einer fremden, nicht im Eigenthum, sondern blos im Usucapionsbesitze des Erblassers gewesenen beweglichen Sache von Seite des Erben als ein furtum auffassen ließ, wodurch sogar objective Usucapionsunfähigkeit der Sache begründet wurde, — eine Auffassung, die natürlich einem Grundstücke gegenüber nicht möglich war. — Alle sonstigen mir bekannten Auslegungen der Stellen (vgl. Unterholzner I. S. 465 ff.,

Unter ſolchen Umſtänden iſt es gewiß keine Leichtfertigkeit, in Rückſicht des umgekehrten Satzes, daß der Erbe eine ſchon vom Erblaſſer beſeſſene oder detinirte Sache niemals zu uſucapiren vermöge, wenn der Erblaſſer dazu nicht in der Lage geweſen, — in Rückſicht dieſes Satzes wenigſtens ſo viel als Gegenſtand eines möglichen Zweifels zu betrachten, ob darüber in ſolcher unbedingter Faſſung unter den klaſſiſchen Juriſten ein allſeitiges Einverſtändniß geherrſcht. Und durch die Aeußerung des Pomponius in der L. 3 D. pro herede 41, 5 (S. 254) erhält dieſer Zweifel unverkennbar eine gewichtige Unterſtützung. Zwar ſcheint eine andere, dem nämlichen Werke des Pomponius entnommene Stelle darauf zu deuten, daß man ſchon damals dem Erben jede Uſucapion mindeſtens in dem Fall verweigerte, wenn es die Unredlichkeit des Erblaſſers geweſen, welche für dieſen das Hinderniß der Erſitzung gebildet.[159]) Ob aber nicht an Sachen, die in bloſer Detention

---

Bangerow Pand. I. 7. Aufl. S. 607, 609) ſind theils ſprachlich, theils ſachlich, theils aus beiderlei Rückſichten unhaltbar

159) L. 24 §. 1 D. de usuc. 41 3, aus Pomp. lib. XXIV. ad Qu. Mucium, verb.: „non ex persona, sed ex re“. (L. 3 cit. iſt aus dem lib. XXIII. ad Qu. Mucium.) Freilich ließe ſich der Stelle recht wohl die eingeſchränktere Auslegung geben, daß ſie lediglich die Frage behandle, unter welchen Bedingungen der Erbe die Fortſetzung einer bereits vom Erblaſſer angefangenen Uſucapion für ſich in Anſpruch nehmen könne. Alſo ſei aus ihr in Betreff der andern Frage, ob und unter welchen Bedingungen vielleicht dem Erben eine ſelbſtändige Uſucapion aus ſeiner eigenen Perſon gebüre, ganz und gar nichts zu folgern. Auf der andern Seite will ich nicht verſchweigen, daß es möglich wäre, den Ausdruck „res ex hereditate“ in L. 3 cit. in dem nämlichen Sinne zu deuten, in welchem Ulpian in L. 2 §. 22 D. vi bon. rapt. 47, 8 von res ex bonis im Gegenſatze der res in bonis redet (S. 248). Dann wäre er alſo zu beziehen auf jede thatſächlich im Nachlaſſe ſich vorfindende Sache, und die Entſcheidung der L. 3 cit. würde dann ſchon ihrem Wortlaute nach nur Sachen begreifen, die noch nicht im Beſitz oder der Innehabung des Erblaſſers geſtanden. Doch dürfte ſich, wenigſtens im Sinne des urſprünglichen Verfaſſers der Stelle, dieſe Art der Deutung von vornherein nicht eben ſonderlich empfehlen; und noch weniger empfiehlt ſie ſich, wenn man die L. 3 cit. mit der L. 4 C. de usuc. pro her. 7, 29 (S. 254) vergleicht.

des Erblaſſers geſtanden, zu Gunſten des Erben, der ſie in gutem Glauben als vermeintliches Eigenthum des Erblaſſers in Beſitz nahm, von einem Theil der römiſchen Juriſten eine Uſucapion für möglich angeſehen worden ſei, dieſe Frage darf ſchwerlich ſo unbedenklich, als gewöhnlich geſchieht, verneint werden. [159a])

Doch es mag füglich dahin geſtellt bleiben, in welchem Umfange die klaſſiſchen Juriſten oder doch ein Theil derſelben Sachen, die nicht wirkliche Erbſchaftsſachen ſind, die aber der heres aus entſchuldbarem Irrthum für Erbſchaftsſachen hält, als möglichen Gegenſtand einer ſelbſtändigen Uſucapion von Seite des heres betrachtet haben. Daß jedenfalls in einem gewiſſen Umfange dergleichen Sachen von vielen römiſchen Juriſten ſo betrachtet worden ſind, geht mit aller Sicherheit hervor aus der eben erwähnten L. 3 D. pro herede 41, 5, worin folgendes berichtet wird:

> Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

Nicht minder zeigt aber dieſer Bericht, daß es auch abweichende Anſichten gab. Es dürfte daher gar nicht überraſchen, wenn ſich etwa Stellen finden ſollten, worin dieſe abweichende Anſicht vertreten wäre. Und ſolche Stellen enthält das Corpus iuris wirklich in mehreren Reſcripten römiſcher Kaiſer, worunter namentlich folgendes als L. 4 C. de usuc. pro her. 7, 29 aufgenommenes von Diocletian und Maximian hervorzuheben iſt:

> Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest, nec prodesse neque tenenti neque heredi eius potest, nec obtentu, velut ex hereditate (esset), quod

159a) Die Zulaſſung einer ſolchen Uſucapion könnte um ſo viel weniger als beſonders auffallend erſcheinen, da ſie ſich auch im preußiſchen Landrechte findet. Vgl. A. L. R. Th. I. Tit. 9 §. 615, 617, Tit. 20 §. 251, 252, Tit. 21 §. 97.

alienum fuit, domini intentio ullo longi temporis spatio absumitur.

Man hat mannigfache Verſuche gemacht, den Widerſtreit dieſer und ähnlicher Ausſprüche mit der L. 3 D. cit. zu beſeitigen. Huſchke (S. 184 ff.), welchem Schirmer in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. N. F. XVI. S. 6 am Anf. beitritt, will zu dem Ende die L. 3 blos auf Sachen beziehen, deren Beſitz erſt der Erbe, und zwar erſt nach dem Erbſchaftsantritte, von einem dritten erworben. Dieſe Auslegung wird ſich indeſſen gegenüber dem Wortlaute der Stelle kaum aufrecht halten laſſen. Denn jeder unbefangene Leſer muß doch bei den Worten des Pomponius zunächſt und in vorderſter Reihe an Sachen denken, welche der Erbe unter den Nachlaßſachen bereits vorfindet. Hätte daher gerade dieſer Fall vielmehr ſollen ausgeſchloſſen werden, ſo würde den Pomponius der Vorwurf einer ſo unverantwortlichen Ungenauigkeit und Mißverſtändlichkeit des Ausdruckes treffen, wie man ſie mit Fug keinem Juriſten, geſchweige einem der klaſſiſchen römiſchen Juriſten zutrauen kann.

Andere haben nach andern Auswegen geſucht.[160]) Mir dünkt, daß man, im Sinne der urſprünglichen Verfaſſer wenigſtens, nicht anders kann, als den Widerſpruch zugeben. Wie das Verhältniß der Stellen im Zuſammenhange der Juſtinianiſchen Geſetzgebung aufzufaſſen, iſt eine andere, weiter unten zu erörternde Frage.

Wer aber im Sinne der urſprünglichen Verfaſſer den Widerſtreit anerkennt, für den entſteht die Aufgabe, den Gründen deſſelben nachzugehen und die Rückſichten aufzuweiſen, aus denen man zu ſo aus einander laufenden Entſcheidungen gelangen konnte.

Dieſe Rückſichten ſind, wie mir ſcheint, in der Meinungsverſchiedenheit zu finden, welche über das Erforderniß eines Titels für die usucapio beſtand. (S. Nr. 4: Band 51 S. 6.)

---

160) Vgl. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 106 Nr. 8 (S. 362 ff.)

Wer es streng mit diesem Erfordernisse nahm, der konnte eine Usucapion von der Art, wie sie in L. 3 D. cit. erwähnt wird, nicht gestatten. Denn in Betreff der Sachen, welche der heres blos irrthümlich für Erbschaftssachen ansieht, fehlt es ihm ja in Wahrheit an jedem Titel. Will man aber den oben in Nr. 46 angeführten Gründen so viel Gewicht beilegen, um es für wahrscheinlich zu halten, daß die Römer dem heres einen verus titulus pro herede in Ansehung keiner anderer Sachen zugeschrieben, als derjenigen, an welchen der Erblasser schon — mindestens bonitarisches — Eigenthum gehabt: so wird man es ohne weiteres begreiflich finden, daß die gedachte strengere Partei bei dem heres eine selbständige Usucapion auf Grund seines Erbrechtes überhaupt nicht anerkannte, sondern ihn beschränkte auf die Usucapion aus der Person seines Erblassers. Denn eine selbständige Usucapion wäre ja schon wegen Mangels des Titels einzig an denjenigen Sachen möglich und denkbar gewesen, die zwar im bonitarischen, aber noch nicht im quiritarischen Eigenthum des Erblassers gestanden. Für solche Sachen hätte aber die Möglichkeit einer selbständigen Usucapion auf Seite des heres keinerlei praktische Bedeutung haben können, da sie niemals etwas mehr, sondern stets nur weniger vermocht hätte zu leisten, als die Fortsetzung der Usucapion aus der Person des Erblassers. Und anders stellt sich das Verhältniß auch dann nicht, wenn man etwa annehmen will, die Römer hätten, dem in L. 49 D. de V. S. 50, 16 angegebenen weitern Begriffe des in bonis entsprechend, dem heres auch an Sachen, welche in dem blosen Usucapionsbesitze des Erblassers gewesen, einen verus titulus pro herede zuerkannt. Was Wunder also, wenn die strengere Partei einem Institute von so rein und blos theoretischer Natur lieber ganz das Dasein absprach!

Diesen Standpunkt vertritt die L. 4 C. cit. und die andern Codexstellen, die ich alsbald erwähnen werde. Vorerst habe ich noch von der Stellung zu reden, welche die Gegenpartei zu unserer Frage einnehmen mußte.

Wie wir aus der L. 27 D. de usucap. 41, 3 (Bd. 51, S. 12) wissen, hielt diese andere Partei einen Titel zu der

Usucapion nicht für nothwendig, sondern sie sah es für ausreichend an, wenn jemand irgend in gutem Glauben den Eigenthumsbesitz einer Sache erworben. Auf dem Boden dieser Grundanschauung war es nur folgerecht, dem heres eine selbständige Usucapion aller Sachen zu verstatten, die er als vermeintliche Erbschaftssachen und folglich als sein vermeintliches Eigenthum in Besitz nimmt. Bei den plerique in der L. 3 D. cit. wäre demnach an die Anhänger dieser minder strengen Partei zu denken, und ein solcher Gedanke wird uns um so näher gelegt, als wir schon mehrfach gesehen und namentlich aus L. 3, 4 §. 2 D. pro suo 41, 10 mit Bestimmtheit entnehmen, daß Pomponius selbst dieser nämlichen Partei angehörte.

Wie viele und gewichtige Vertreter aber diese Partei zur Zeit des Pomponius zählen mochte, so vermochte sie doch nicht zum Siege zu gelangen. Nur so viel Boden wußte sie zu erringen, daß man sich nach und nach allgemein dazu verstand, manche einzelne Fälle praktisch nach ihrem Sinne zu behandeln, indem man allseitig anerkannte, daß diese Art der Behandlung für gewisse Fälle die praktisch angemessene sei, wie immer man über die theoretische Begründung dieser Behandlung denken möge. Im übrigen aber und als Grundsatz hielt man am Ausgange der klassischen Zeit das Erforderniß eines (wirklichen) Titels für die usucapio fest, und zur Zeit der Kaiser Diocletian und Maximian war man sogar wieder auf den allerstrengsten Standpunkt in Betrachtung dieses Erfordernisses zurückgegangen.[161])

161) Des genauern können diese Sätze natürlich erst bei der Erörterung des Verhältnisses von Titel und gutem Glauben begründet werden. Hier verweise ich einstweilen wegen des über den Standpunkt der genannten Kaiser gesagten auf die in Anm. 40 (Band 51 S. 34) beigebrachten Nachweise, und, was den Standpunkt der jüngsten klassischen Juristen angeht, auf folgende Stellen: L. 27 D. de usucap. 41, 3, L. 1 D. pro legato 41, 8, L. 1 §. 3, 4 D. pro dote 41, 9, L. 1 §. 1 D. pro suo 41, 10 von Ulpian; L. 3 D. pro legato 41, 8 von Papinian; besonders aber L. 48 D. de usucap. 41, 3, L. 2 D. pro emt. 41, 4, L. 1 D. pro donato 41, 6, L. 4 D. pro derel. 41, 7, L. 2, 4 D. pro le-

Da man sonach überhaupt eine Usucapion aus blos putativem Titel, mit Vorbehalt weniger einzelner Fälle, nicht mehr gewährte, so kann es nicht befremden, daß man auch in unserm Fall (wenn der Erbe nicht zur Erbschaft gehörige Sachen irrthümlich als Erbschaftssachen in Besitz genommen) gemäß dieser Regel verfuhr. So finden wir denn bereits in folgendem als L. 1 C. de usuc. pro her. 7, 29 in das Corpus iuris aufgenommenem Reskripte Caracalla's vom J. 215 jede Usucapion der in cit. L. 3 D. pro herede erwähnten Art ausdrücklich verworfen:

Quum pro herede usucapio locum non habeat, intelligis, neque matrem tuam, cui heres exstitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse.

Nur durch diese Auslegung und Beziehung ist für die Stelle ein befriedigender Sinn zu gewinnen. Denn daß sie nicht von der bei Gai. II, 52 sqq. erörterten pro herede usucapio

---

gato 41, 8 (S. oben Nr. 42) von Paulus. Am deutlichsten tritt uns der damalige Stand der Sache in cit L. 2 D. pro emt. entgegen und hier wieder insbesondere in dem §. 16 h. l., den ich deshalb wörtlich hier einrücken will. Er lautet so:

Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio; et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.

„Constitit", also der Satz stand nicht von jeher fest, sondern hatte sich erst allmählich festgestellt; und dieses geht auch aus der Art und Weise hervor, wie er in L. 7 §. 2 D. de Publ. act. 6, 2 und in L. 13 §. 1 D. de usucap. 41, 3 berührt wird. Wie anders aber könnte er zur Anerkennung gelangt sein, als durch den Einfluß der Ansicht, welche für die usucapio alles auf die bloße bona fides abstellte? „Utilitatis causa": nämlich die Partei, welche das Dasein eines (wirklichen) Titels zur Vorbedingung für die usucapio machte (und dieser Partei gehörte Paulus selber an), konnte sich zur Anerkennung jenes Satzes allerdings nur aus praktischen Nützlichkeitsrücksichten verstehen; für sie war dieser Satz eine reine Singularität. Vom Standpunkte der andern Partei dagegen war er, wie keiner Ausführung bedarf, eine nothwendige Forderung und nur einfach folgerecht.

gegen den heres (ich will sie die eigentliche nennen) verstanden werden könne, beweist die unmittelbar folgende L. 2 C. eod. Wenn hier noch Diocletian und Maximian rescribiren, die Meinung habe die Oberhand gewonnen, daß gegen sui heredes nichts pro herede usucapirt werden könne, so konnte unmöglich zu Caracalla's Zeit davon die Rede sein, daß überhaupt eine usucapio pro herede, auch jene eigentliche, nicht mehr bestehe. Andererseits stellt sich aber einem Versuche, die L. 1 C. cit. etwa blos auf die durch das SC. Iuventianum herbeigeführte Wirkungslosigkeit der eigentlichen pro herede usucapio gegenüber dem wahren Erben zu beziehen, die klare Wortbedeutung der Erklärung: „Quum pro herede usucapio locum non habeat" doch allzu entschieden entgegen.[162])

In ganz gleichem Sinne, nur noch unzweideutiger sprechen sich sodann die Kaiser Diocletian und Maximian in der schon oben (S. 254) mitgetheilten L. 4 C. eod. aus, und eine verwandte Aeußerung enthält auch noch ein anderes Rescript derselben Kaiser in L. 4 C. de praescr. l. t. 7, 33:

> Diutina possessio tantum iure successionis sine iusto titulo obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest.

48. Die erörterte Usucapion, welche Pomponius gleich andern Juristen seiner Zeit in L. 3 D. pro herede dem wirklichen heres an vermeintlichen Erbschaftssachen gestattet, während sie von Caracalla und von Diocletian und Ma-

---

162) Auf diese Weise sucht Arndts Beiträge S. 102 Anm. 175 mit der Stelle abzukommen. Jeder bestimmten Meinungsäußerung enthält sich Unterholzner Verjährungsl. I. §. 107 (S. 369). Dagegen findet sich dieselbe Auslegung der L. 1 C. cit., wie ich sie im Texte gebe, bereits bei Huschke S. 184 und bei Sell Röm. Lehre der dinglichen Rechte. Thl. I. S. 201 Note **, welche Schriftsteller jedoch andere Folgerungen daraus herleiten. Namentlich nimmt der letztere an, daß der Kaiser durchaus nicht die Möglichkeit einer jeden Usucapion absprechen wolle, sondern nur diejenige einer usucapio pro herede. Eine pro suo usucapio würde er zugelassen haben.

ximian in L. 1 und L. 4 C. eod. und in L. 4 C. de praescr. l. t. für unzulässig erklärt wird, war natürlich etwas ganz anderes, als die eigentliche pro herede usucapio, wie wir sie erst durch Gai. II, 52—58. III, 201 genauer kennen gelernt haben. Darüber wird denn auch gegenwärtig wohl kaum mehr gestritten.[163]) Hingegen möchte ich minder bestimmt, als jetzt gewöhnlich geschieht, behaupten, sie sei von den Römern nicht einmal als pro herede usucapio bezeichnet worden, sondern blos als usucapio pro suo. Namentlich kann man dieses nicht ohne weiteres daraus ableiten, daß doch nach meiner eigenen Annahme jene Usucapion nur eine aus putativem Titel gewesen. Denn wir haben schon früher (in Nr. 5: Band 51 S. 9) gesehen, daß keineswegs alle römischen Juristen einer Usucapion aus blos putativem Titel nur die Benennung einer pro suo usucapio vergönnten, sondern daß viele, besonders die spätern, die Bezeichnung dafür unbedenklich von dem irrthümlich angenommenen Titel hernahmen. Es ist freilich wahr, daß nach L. 3 und L. 4 D. pro suo 41, 10 Pomponius selbst ein Anhänger jenes ersten Sprachgebrauches gewesen zu sein scheint; allein erstens sind diese Stellen aus einem andern, viel ältern Werke geschöpft als L. 3 D. pro herede — jene nämlich aus dem noch vor Julian's Digesten geschriebenen Sabinuscommentar, diese aus dem unter Pius verfaßten Werke ad Qu. Mucium[164]) —, und zwei-

163) Vgl. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 106 (S. 363), Göschen Vorlesungen §. 261, Sell Dingl. Rechte I. §. 51, Vangerow Pand. I. §. 320 Anm. 1 (7. Aufl. S. 594), Huschke S. 185 fg., Puchta Vorlesungen §. 157, Böcking Pand. II. §. 146 a und Note 54 (S. 97), Keller Pand. §. 133 Note 20, Schirmer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XVI. S. 5 fg., David Zur Lehre vom s. g. Ersitzungstitel (Wien 1869) S. 21 u. a.

164) Vgl. meine Schrift über das Alter der Schriften röm. Juristen S. 9 und 11. — Auch L. 1 D. pro herede 41, 5, aus der man wohl, ich weiß allerdings nicht, mit welchem Rechte, gefolgert hat, daß Pomponius den in L. 3 D. eod. erwähnten Usucapionsfall nicht pro herede usucapio könne genannt haben, ist dem Sabinuscommentar entnommen. Endlich schwindet durch Rücksicht auf die verschiedene Weise, wie die römischen Juristen die Usucapionen aus blos putativem Titel bezeichnet

tens würde gedachter Umstand auch höchstens einen Schluß auf die wahrscheinlich von Pomponius beliebte Bezeichnungsweise erlauben, nicht aber darauf, daß nicht vielleicht von andern, namentlich den spätern, der Name pro herede usucapio auch in unserm Fall angewendet worden.

Für die letztere Art der Benennung spricht aber vor allem schon die Wahrnehmung, daß mit Ausnahme der von der longi temporis praescriptio redenden und deswegen in den Titel de usucapione pro herede nicht passenden L. 4 C. de praescr. l. t. sämmtliche übrigen von unserm Usucapionsfall handelnden Stellen in diesen Titel, und zwar sowohl in den Digesten, als im Codex aufgenommen worden sind. Hierin läßt sich unmöglich überall nur ein bloses Versehen erblicken. Dazu kommt sodann noch ein weiterer, nach meinem Bedünken völlig entscheidender Umstand: nämlich der Umstand, daß in L. 1 C. h. t. die in Frage stehende Usucapion geradezu pro herede usucapio genannt wird. [165])

Wir finden diesem nach im frühern römischen Rechte zwei allerdings ganz verschiedene und wohl aus einander zu haltende Arten von pro herede usucapio vor, die kaum etwas mehr, als den Namen, mit einander gemein haben. Wie das Verhältniß im Justinianischen Rechte zu denken, soll unten besprochen werden. Hier muß ich zunächst auch die eigentliche pro herede usucapio betrachten.

49. Diese eigentliche pro herede usucapio, welche ohne

---

haben, auch jede Triftigkeit des aus L. 5 §. 1 D. pro suo 41, 10 hergeholten Beweisgrundes, wenn man selbst zugeben will, daß der von Neratius am Ende dieser Stelle (verb. aut eius rel.) vorausgesetzte Fall zu der in L. 3 D. pro her. gemeinten Art von Fällen gehöre.

165) Man hat dieses freilich, selbst von Seite derer, welche übrigens die Stelle auf den nämlichen Usucapionsfall beziehen, zu bestreiten und die Worte in anderm Sinne zu deuten versucht (vgl. Huschke S. 184, Sell Dingl. Rechte I. S. 201 Note **). Schwerlich wird aber ein unbefangen betrachtender diese Versuche für gelungen erkennen. Und insoweit es sich also blos um die Benennung handelt, kann und muß man der Ansicht Roßhirt's in dieser Zeitschrift IX. S. 4, 21 ff. und früherer beistimmen. Dafür auch Brinz Pand. I. S. 209 und Windscheid Lehrb. des Pandektenrechts (2. Aufl.) §. 179. Anm. 3.

Zweifel auch die bei Gai. III, 80 erwähnte Usucapion des bonorum possessor zur Verwandlung seines blos bonitarischen in quiritarisches Eigenthum mit umfaßte, ist die Usucapion von Erbschaftssachen durch einen andern als den heres zum Nachtheil des letztern. Wie man aus Gai. II, 52—58, III, 201 weiß, zeichnete sie sich durch große Eigenthümlichkeiten aus. Namentlich dadurch, daß sie weder in objectiver noch in subjectiver Hinsicht irgend einer besondern Rechtfertigung bedurfte. Erbschaftssachen, die vor der Besitzergreifung durch den heres ein anderer, sei es in gutem oder in bösem Glauben, in Besitz genommen, wurden von ihm durch einjährige Fortdauer dieses Besitzes, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, zu Eigenthum ersessen.

Doch konnte natürlich auch diese usucapio nicht aller und jeder objectiver Voraussetzungen entrathen. So war vor allem auch für sie die Usucapionsfähigkeit der Sache eine nothwendige Vorbedingung.[166]) Daneben aber mußten noch manche andere objective Erfordernisse vorhanden sein, und diese sind es, die man in ihrem Zusammentreffen als den Titel für die usucapio pro herede betrachten muß, falls man es nicht vorzieht, was ich für richtiger halte, hier lieber gar nicht von einem Titel zu reden.

Gedachte Erfordernisse bestehen in folgendem:

1) Es muß an erster Stelle eine wirkliche Erbschaftssache vorhanden sein. Denn die eigentliche pro herede usucapio ist in Ansehung keiner anderer, als wirklicher Erbschaftssachen möglich.

> Gai. II, 52 verb.: velut si rem **hereditariam** — — aliquis possiderit — —; quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.[167])

---

166) Gai. II, 52 verb.: „concessum est usucapere, si modo ea res sit, quae recipit usucapionem". Vgl. L. 4 §. 24 D. de usucap. 41, 3, L. 70 D. de furt. 47. 2, Huschke S. 163. Auch von Huschke's Erörterungen auf S. 187. ff. leiten viele auf dieses Erforderniß zurück.

167) Vgl. noch Gai. II, 54: „rerum hereditariarum possessione", III, 201: „res hereditarias", ferner Cicero de legibus II, 19: „Tertio

Daraus folgt von selbst, daß die Sache eines noch Lebenden nicht Gegenstand der pro herede usucapio sein kann, sollte sie auch irrthümlich für eine Erbschaftssache angesehen und als solche in Besitz genommen worden sein. Gleichgültig ist dabei, ob überhaupt das Dasein einer Erbschaft nur aus Irrthum angenommen wird, wie z. B. wenn von einem Abwesenden eine falsche Todesnachricht eingelaufen,

L. 3 C. de usuc. pro her. 7, 29 (Dioclet. et Maximian.): Opinione falsa mortis pro herede possessio rerum absentis procedere non potest,

oder ob zwar eine Erbschaft vorhanden ist, zu ihr aber irrthümlich eine einem noch Lebenden gehörige Sache gerechnet wird. Der letzte Fall ist es, welchen L. 1 D. pro herede 41, 5 im Auge hat:

Pompon. lib. XXXII. ad Sabin.: Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit.[168])

---

loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint cum moritur, usuceperit plurimum possidendo".

168) Die gewöhnliche Auslegung der L. 1 D. cit. ist dieses freilich nicht. Vielmehr ist die Stelle von jeher ganz allgemein in einem Sinne gedeutet worden, wonach sie nur einfach das nämliche sagte, wie die L. 3 C. cit. Die Erklärung, welche ich im Texte gebe, wird sogar von der Glosse (glo. Potest ad L. 1 D. cit.) mit Hinweisung auf die L. 5 D. pro legato 41, 8 ausdrücklich verworfen. Allein aus der usucapio pro legato ist doch für die pro herede usucapio gewiß nichts zu folgern, und durch die LL. 5 und 6 D. pro legato wird, wenn man die nahe Verwandtschaft ihrer Fassung mit derjenigen der L. 1 D. cit. beachtet, eben gerade bewiesen, daß jene von der Glosse verworfene Erklärung dieser Stelle die richtige und allein statthafte ist, und daß also für die pro herede usucapio in der That etwas anderes gilt, als für die usucapio pro legato. (Vgl. oben S. 37.) Und muß es denn nicht von vornherein natürlich erscheinen, daß man ein so singuläres und von den klassischen Juristen so wenig günstig angesehenes Institut, wie die „improba et lucrativa pro herede usucapio" war, so viel, als immer möglich, einzuschränken suchte? Und sollte der praedo, welcher den Besitz eines Nachlasses ergriffen, in Ansehung der fremden Sachen, die er darin vorge-

Die fälſchlich zu der Erbſchaft gerechnete und als Erbſchaftsſache in Beſitz genommene Sache muß aber, wie geſagt, einem noch Lebenden gehören. Denn wäre ſie gleichfalls eine Erbſchaftsſache, nur nicht demjenigen Nachlaſſe zugehörig, dem ſie irrthümlich beigezählt wird, ſondern einem andern (vgl. L. 13 §. 3 in f. D. de H. P. 5, 3): ſo müßte ſie ohne Zweifel uſucapirt werden können, da, ſo viel wir ſehen, die pro herede usucapio irgend welche ſubjective Vorausſetzungen nicht erheiſcht, alſo auch gewiß nicht ein richtiges Bewußtſein, von weſſen Erbſchaft die pro herede in Beſitz genommene Sache ein Stück ausmache.

2) Die Sache darf ferner noch nicht in den Beſitz des wirklichen heres, d. h. des nach ius civile berufenen Erben, gelangt ſein. Der bloſe Erwerb der Erbſchaft an und für ſich ſchließt dagegen die pro herede usucapio noch nicht aus. Zum Beweiſe dienen folgende Stellen.

Gai. II, 52: Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere [169]), usucapiat, velut si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit.

Gai. III, 201: Rursus ex diverso interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, velut hereditarias, quarum heres

---

funden, etwa gar noch beſſer daſtehen, als der wirkliche heres, der doch nach der allgemeinen Meinung dergleichen Sachen in der Regel nicht ſelbſtändig uſucapiren kann? Für mich hat freilich dieſer letzte Grund kein ſo großes Gewicht, da ich es für zweifelhaft halte, ob nicht Pomponius ſelbſt an Sachen, die ſchon der Erblaſſer in Händen gehabt, dem heres eine ſelbſtändige Uſucapion in größerm oder geringerm Umfange verſtattet habe. S. Nr. 47. Uebrigens gewährt die L. 1 D. cit. dem früher (Nr. 46) ſchon als wahrſcheinlich hingeſtellten Satze, daß als eigentliche res hereditariae nur Sachen gegolten, die bereits im (mindeſtens bonitariſchen) Eigenthum des Erblaſſers geweſen, eine neue Unterſtützung.

169) Aus dieſen Worten, verglichen mit Gai. II, 9 = L. 1 pr. D. de div. rer. 1, 8 verb.: „res hereditariae, antequam aliquis heres exiſtat, nullius in bonis sunt", dürfte ſich ergeben, daß Gaius ganz vorzugsweiſe an den Fall denkt, wo der heres die Erbſchaft bereits erworben hat.

nondum nactus possessionem, licet necessarius heres, esset. [170])

L. 29 D. de usucap. 41, 3 (Pompon. l. XXII. ad Sabin.): Quum solus heres essem, existimarem autem, te quoque pro parte heredem esse, res hereditarias pro parte tibi tradidi; propius est, ut usu eas capere non possis, quia nec pro herede usucapi potest, quod ab herede possessum est, neque aliam ullam habes causam possidendi; ita tamen hoc verum est, si non ex transactione id factum fuerit. Idem dicimus, si tu quoque existimes, te heredem esse, nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi. [171])

3) Endlich kann nur derjenige pro herede besitzen und usucapiren, der testamenti factio im eigentlichen Sinn oder, was gleichbedeutend ist, Erbfähigkeit hat.

L. 4 D. pro herede 41, 5 (Paul. lib. V. ad L. Iul. et Pap.): Constat, eum qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.

Der aus dieser Stelle gezogene Schluß vom Gegentheil ist deshalb völlig unbedenklich, weil es sich hier um eine dem ius civile angehörige Erwerbung handelt, die natürlich nur demjenigen möglich und zugänglich sein kann, welcher des civilen Vermögensverkehrs theilhaft ist; und darauf allein läuft ja im klassischen römischen Rechte der Begriff der testamenti factio im eigentlichen Verstande und der Erbfähigkeit hinaus. [172]).

Mit dem Erfordernisse der Erbfähigkeit bringt man gewöhnlich auch den Ausspruch des Paulus in L. 4 §. 4 D. de usucap. 41, 3 (aus lib. LIV. ad Edictum) in Verbindung:

Servus pro herede possidere non potest.

---

170) Ich folge hier der, wie mir dünkt, richtigen Lesart von Huschke Iurisprud. anteiust. ed. II. p. 256.

171) S. über diese Stelle Huschke in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. XIV. S. 194 — Vgl. auch noch Gai. II, 58, L. 2 §. 1 D. expil. hered. 47, 19 (Ulp.).

172) Vgl. Keller Pand. §. 481: „Testamenti factio heißt so viel, als das commercium in seiner Anwendung auf Testamentsverkehr." S. auch Huschke S. 174. Uebrigens ist die Verschiedenheit des Ausdruckes

Allein um zu beweisen, daß ein Sklave nicht pro herede besitzen und usucapiren könne,[173]) braucht man nicht erst den Mangel der Erbfähigkeit heranzuziehen, sondern es genügt die einfache Hindeutung darauf, daß ein Sklave überhaupt nicht besitzen und usucapiren kann. Die Stelle hat aber, wie mir dünkt, gar nicht einmal den Sinn, den man ihr zuzuschreiben pflegt, und wonach sie in der That als sehr müßig und überflüssig zu betrachten wäre. Es ist darin nicht „possidēre", sondern „possidĕre" zu lesen, und nun ergibt sie den Satz, der gar wohl einer besondern Bemerkung würdig erscheinen konnte, daß ein Sklave nicht eigenmächtig, d. h. ohne Befehl seines Herrn, einen Besitz pro herede (natürlich für den Herrn) erwerben könne. Für sich allein und ohne Zuthun des Herrn vermag nämlich ein Sklave immer nur ex peculiari causa Besitz zu erwerben; es versteht sich aber von selbst, daß die Besitzergreifung einer Sache, um sie pro herede zu usucapiren, nicht als ein Erwerb ex peculiari causa angesehen werden kann. Läßt dagegen der Herr zu diesem Behufe den Sklaven eine Sache in Besitz nehmen, so ist dieses ein Besitzerwerb, der vom Herrn ausgeht, und wobei die Person und der Wille des Sklaven ganz außer Spiel bleibt. So ist auch für diesen Fall die Fassung der Stelle vollkommen gerechtfertigt.

Hiemit sind im klassischen römischen Rechte die Erfordernisse der eigentlichen usucapio pro herede erschöpft. Denn, was Huschke (S. 195) noch weiter anführt, daß man, um pro herede besitzen und usucapiren zu können, die Sache nicht schon aus einem andern Grunde dürfe besessen haben, ist kein besonderes Erforderniß, sondern hängt mit der bekannten Re-

in L. 4 cit. („qui testamenti factionem habet") und in L. 7 D. pro legato 41, 8 („is cum quo testamenti factio est") nicht zu übersehen. Beiderlei Ausdrucksweisen sind nicht ganz und gar gleichbedeutend. Ein postumus alienus z. B. hat natürlich testamenti factio, d. h. die zur Theilnahme am Erbrecht und am civilen letztwilligen Verkehr erforderliche Rechtsfähigkeit; er kann aber nach früherm römischem Rechte nicht gültig zum Erben eingesetzt, noch auch mit Legaten bedacht werden, es ist also nicht cum eo testamenti factio. Vgl. §. 24 sqq. I. de legat. 2, 20.

173) Diesen Satz findet man gewöhnlich in der Stelle. S. Unterholzner Verjährungsl. I. S. 361, Huschke S. 180.

gel zusammen: „nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest“, [174]) und kommt daher nicht in Betracht, wo diese Regel ausnahmsweise keine Anwendung leidet. [175])

Auch der früher bestrittene, im neuern Recht aber zum Siege gelangte Grundsatz, daß eine pro herede usucapio zum Nachtheil eines suus et necessarius heres nicht stattfinden könne, läßt sich nicht aus dem Gesichtspunkt einer positiven Voraussetzung für diese Usucapion, sondern, gleich dem Ausschlusse der Usucapion wegen Usucapionsunfähigkeit der Sache, nur aus demjenigen einer besondern Ausnahme betrachten. [176])

50. Ich habe bisher die pro herede usucapio im Hinblick auf ihre Gestaltung im ältern römischen Rechte besprochen. Meine Darstellung würde aber in einem wesentlichen Stücke unvollständig bleiben, wollte ich es unterlassen, auch die Veränderungen zu berühren, welche das Institut im neuesten römischen Recht erfahren hat.

Man ist darüber allgemein einverstanden, daß im Justinianischen Rechte von einer pro herede usucapio zu Gunsten desjenigen, welcher sich mit unredlichem Bewußtsein in den Besitz von Erbschaftssachen gesetzt, nicht weiter die Rede sein könne. Und an der Richtigkeit dieser Ansicht kann auch in der That kein vernünftiger Zweifel aufkommen. Aus folgenden Gründen nicht. Zuvörderst, und darin muß allein schon ein vollkommen ausreichender Beweis erblickt werden, hätte ohne die Entdeckung des Gaius niemand auch nur auf den Gedanken gerathen können, und ist auch wirklich vorher niemand auf diesen Gedanken gerathen, daß jemals eine solche „improba possessio et usucapio“ könnte erlaubt gewesen sein. Daß

174) Vgl. L. 2 §. 1, 2 D. pro herede 41, 5 (Iulian.). Aus demselben Gesichtspunkte sind fr. Vat. §. 294 verb.: „Cum pater filiis rel.“ und §. 296, beide von Papinian, endlich L. 22 C. fam. erc. 3, 36 von Diocletian und Maximian zu erklären.

175) Vgl. L. 33 §. 1 D. de usucap. 41, 3 (Iulian.) und Huschke S. 199 fg., Arndts im Rhein. Mus. II. S. 128 Note 4.

176) L. 2 C. de usuc. pro her. 7, 29 (Dioclet. et Maxim.): Nihil pro herede posse usucapi suis heredibus existentibus, magis obtinuit. Vgl. Gai. II, 58, III, 201. Unterholzner Verjährungsl. I. S. 359 fg., Huschke S. 167 ff.

wir jetzt, nachdem wir eben durch die erwähnte Entdeckung und also zufolge eines reinen, durch keinerlei wissenschaftliche Anstrengung ersetzbaren Glücksfalles erfahren haben, daß dennoch ein solches Institut noch im Rechte der klassischen Zeit bestanden, — daß wir, sage ich, jetzt auch im Corpus iuris noch einzelne Anklänge an dieses Institut zu erkennen vermögen, kann hiegegen nicht entfernt in ein Gewicht fallen. Denn, selbst das äußerste Maß von Sorgfalt und Umsicht bei den Verfertigern der Justinianischen Rechtssammlungen vorausgesetzt, wie es bei einer so riesenhaften Aufgabe billiger Weise gar nicht vorausgesetzt werden darf: wäre es nicht immer noch wahrhaft wunderbar, wenn es diesen Männern gelungen wäre, in jenen Sammlungen alle und jede Spuren des frühern Rechtszustandes völlig auszutilgen? Und um so mehr, als ja nicht die ganze usucapio pro herede verworfen werden sollte, sondern blos eine einzelne Anwendung derselben, die aber mit dem, was man von dem Institute festhalten wollte, im ältern Recht in so naher Verbindung stand, daß es schon deshalb fast unmöglich war, in den Stellen, die man in das Corpus iuris aufnahm, das eine von dem andern ganz scharf und säuberlich abzuschälen. [177]) Diesem Umstande ist es auch ohne Zweifel beizumessen, daß das Institut im Corpus iuris überhaupt nur sehr dürftig ausgestattet erscheint.

Zu diesen allgemeinern kommen aber noch besondere, positive Beweisgründe.

In dem Gesetze, wodurch Justinian die ordentliche Ersitzung neu geregelt hat (L. un. C. de usuc. transf. 7, 31 vom J. 531), wird zuerst bestimmt, daß die Ersitzungszeit für Grundstücke niemals mehr, wie bisher bei den Italischen Grundstücken, sich auf zwei Jahre beschränken, sondern stets je nach den Umständen 10, 20 oder 30 Jahre betragen solle.

177) Vgl. z. B. L. 4 §. 24, L. 29, 33 §. 1 D. de usucap. 41, 3, L. 2 §. 1 D. pro her. 41, 5, L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 2, allenfalls auch noch L. 71 §. 1 D. de furt. 47, 2, L. 5 D. de usuc. 41, 3. Man wird leicht bemerken, daß diese Stellen eben gerade nur bloße Anklänge an die ursprüngliche Gestaltung des Institutes enthalten, kenntlich allein für den, welchem diese Gestaltung bereits anderswoher bekannt ist.

Sodann wird für die beweglichen Sachen die seitherige einjährige Ersitzungszeit auf drei Jahre verlängert, und nun wird (in §. 3 h. l.) folgende allgemeine Verordnung beigefügt:

> Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam (sc. rem) bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio.

Also jede Ersitzung erheischt redlichen Besitzanfang. Damit ist die alte pro herede usucapio, so weit sie auch zu Gunsten eines unredlichen Besitzers stattfand, unverträglich. Und warum beruft sich hier der Kaiser ausdrücklich auf das Muster der longi temporis praescriptio? warum nicht auf die usucapio? warum überhaupt auf ein Muster? Warum, wenn nicht deswegen, weil er daran dachte, daß es, wie wir jetzt aus Gaius (II, 52 sqq., 59 sqq.) wissen, auch Usucapionen gab, welche keine bona fides erforderten? Dachte er aber daran, so hatte er auch offenbar die Absicht, diese Usucapionsarten eben durch seine Bestimmung aufzuheben.

Ferner. Eine einfache Vergleichung lehrt, daß, wie sonst, so auch in dem tit. I. de usucapionibus 2, 6 die Institutionen des Gaius, nämlich Buch II §§. 41—61, zum Grunde genommen sind. Gaius nun spricht zuvörderst in den §§. 41—44 von der Regel, daß der blos bonitarische Eigenthümer und der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache usucapiren könne, läßt dann aber in den §§. 45—61 eine zwiefache Art von Ausnahmen folgen. Und zwar nennt er erstens in den §§. 45—51 Fälle, in welchen jemand ausnahmsweise nicht usucapiren könne, ob er die fremde Sache gleich in gutem Glauben besitze, zweitens in den §§. 52—61 andere Fälle, in denen gerade umgekehrt ausnahmsweise eine Usucapion stattfinde, obgleich jemand wisse, eine fremde Sache zu besitzen.

Wie verfahren aber die Institutionen? Ganz entsprechend stellen auch sie im princ. die Regel an die Spitze, daß wer in gutem Glauben und aus rechtem Titel (letzteres, beiläufig bemerkt, etwas bei Gaius nicht genanntes) den Besitz einer Sache von einem Nichteigenthümer erworben, durch Usucapion zum Eigenthum gelangen könne. Und in den §§. 1—10 lassen

sie, wiederum völlig entsprechend und meist wörtlich getreu, die erste Art von Ausnahmsfällen folgen, in welchen trotz vorhandener bona fides die Ersitzung ausgeschlossen ist. Allein die zweite Klasse von Ausnahmsfällen, die ihre Verfasser doch auch bei Gaius vorfanden, lassen sie fort. Anstatt dessen reihen sie den Ausnahmen der ersten Art einige bei Gaius fehlende Sätze an über den Eintritt des Erben in die vom Erblasser begonnene Ersitzung; ganz offensichtlich, um das, was Gaius von der usucapio pro herede geschrieben, durch etwas wenigstens einigermaßen verwandtes zu ersetzen. An der völligen Absichtlichkeit jener Streichung kann demnach gar kein Zweifel bestehen. Wie hätte man sich aber dazu veranlaßt sehen können, falls man nicht die improba pro herede usucapio, wie sie Gaius schildert, mit sämmtlichen übrigen Ausnahmen der zweiten Art für unpraktisch und dem geltenden Rechte fremd geachtet?

Mißlicher steht es um die weitere Frage, auf welche Weise sie dem Justinianischen Rechte fremd geworden. Daß das s. g. SC. Iuventianum unter Hadrian die pro herede usucapio, selbst soweit sie einem unredlichen Besitzer zu Gute kam, nicht aufgehoben, sondern blos gegenüber dem wirklichen Erben unwirksam gemacht, erhellt aus der erwähnten Darstellung des Gaius. Und auch aus der Einführung des crimen expilatae hereditatis unter Marc Aurel wird sich kaum ohne weiteres eine völlige Beseitigung der pro herede usucapio des bösgläubigen Besitzers ableiten lassen.[178]) Beachtet man die oben (S. 269) hervorgehobene auffällige Hinweisung auf die longi temporis praescriptio in der L. un. §. 3 C. de usuc. transf. 7, 31, und daß dabei Justinian im Präsens redet: secundum quod exigit l. t. praescr.: so gelangt man zu der Vermuthung, daß die alte, von gutem oder bösem

178) Hierin ist Arndts im Rhein. Museum f. Jurispr. II. S. 133 und noch in seinen Beiträgen S. 105 fg. geneigt, den entscheidenden Wendepunkt zu erblicken. Ihm schließen sich an Unterholzner Verjährungsl. I. §. 107 (S. 371) und Pagenstecher Röm. Lehre v. Eigenthum II. S. 321. S. dagegen Huschke S. 222.

Glauben völlig abſehende improba pro herede usucapio, wenigſtens der Theorie nach (wie es die Praxis hielt, wiſſen wir nicht), bis auf Juſtinian fortgedauert und erſt gerade durch die L. un. §. 3 C. cit. abgeſchafft worden.

Uebrigens iſt dieſer Punkt nur von untergeordneter Bedeutung. Das, worauf es weſentlich ankommt, ſteht jedenfalls ſicher, daß nämlich nach Juſtinianiſchem Rechte zur pro herede usucapio, wie zu einer jeden andern Erſitzung, nothwendig guter Glaube beim Erwerbe des Beſitzes der Sache gehört.

Auch in Anſehung der Erſitzungszeit hat das Inſtitut jede Beſonderheit eingebüßt. Dies wird ſchon dadurch über jeden Zweifel erhoben, daß wir mit dem Corpus iuris allein und ohne Gaius auch nicht einmal eine Ahnung haben könnten, daß jemals eine ſolche Beſonderheit gegolten.

51. Zur pro herede usucapio kann alſo nur noch ein redlicher Beſitzer gelangen. Dieſer iſt aber, da Rechtsirrthum nie zur Erſitzung verhilft (vgl. Anm. 43: Band 51 S. 250), zu beſtimmen als derjenige, der ſich für den wahren Erben wirklich hält und den Umſtänden nach ohne Rechtsirrthum dafür halten kann. Uebrigens wird hier, wie ſonſt, dem Rechtsirrthum auch unentſchuldbarer thatſächlicher Irrthum gleich geſtellt werden müſſen, eine Frage, welche freilich über die Grenzen einer Forſchung nach dem Weſen des Titels ſchon hinaus und in das Gebiet der Unterſuchung über das Weſen des guten Glaubens hinein greift, deshalb hier nicht weiter verfolgt werden kann. Was die pro herede usucapio anlangt, ſo dürfte alles geſagte bewieſen werden durch L. 33 §. 1 D. de usucap. 41, 3 verb.:

> Hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit.

Denn ganz gewiß und von niemandem beweifelt iſt dieſe Stelle auch im Zuſammenhange des Corpus iuris gerade auf die usucapio pro herede zu beziehen.[179])

179) Vgl. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 107 (S. 371), Böcking Pand. II. §. 146 Note 53 (S. 97), Brinz Pand. I. S. 209,

Es zeigt ſich, daß pro herede nur noch erſitzen kann, wer auch der hereditatis petitio gegenüber als pro herede possessor erſcheint.[180]) Die Verſchiedenheit der Bedeutung von pro herede possessio, je nachdem dieſer Begriff in Anſehung der hereditatis possessio oder aber in Anſehung der pro herede usucapio betrachtet wird, iſt alſo im Juſtinianiſchen Rechte verſchwunden. Nirgends wird denn auch im Corpus iuris ein bösgläubiger, ſondern überall nur ein gutgläubiger Beſitzer pro herede possessor genannt. Daß L. 11 pr. und L. 12 D. de H. P. 5, 3 keinen Gegenbeweis abgeben können, habe ich ſchon oben in der Anm. 150 aus einander geſetzt.

Im übrigen beſtehen die frühern Erforderniſſe der pro herede usucapio auch im Juſtinianiſchen Rechte fort. Abgeſehen von der ſelbſtverſtändlichen Vorbedingung einer jeden ordentlichen Erſitzung, daß die Sache nicht eine erſitzungsunfähige ſein darf, kann nämlich

---

Schmid Handbuch des gem. deut. bürgerl. Rechts. Beſ. Theil. I. S. 217, Anm. 64, Vangerow Pand. I. §. 320 Anm. 1 Nr. 2 (7. Aufl. S. 595). Windſcheid Pand. I. §. 179 Anm. 3 (2. Aufl. S. 503) u. a. — Mit L. 33 §. 1 cit. iſt wohl auch L. 44 §. 4 fin. D. eod. in Verbindung zu bringen. In Rückſicht auf den erſten Theil der Stelle muß der Fall nämlich ohne Zweifel ſo gedacht werden, daß der Hausſohn noch als ſolcher eine Sache ex peculiari causa gekauft und durch Tradition empfangen hat. Er hat dadurch, wie Papinian unmittelbar vorher geſagt hat, nicht den Beſitz (denn dieſer ſteht lediglich dem Vater zu), ſondern nur die bloſe Innehabung. Nun ſtirbt der Vater. Der Sohn wird nicht ſein Erbe, hat aber guten Grund, ſich für den Erben zu halten. Dann, meint Papinian, kann er jene von ihm gekaufte und in ſeiner Innehabung verbliebene Sache wenigſtens für ſich (pro herede) uſucapiren, weil ſich ſeine frühere bloſe Innehabung jetzt in eine pro herede possessio umgewandelt hat. Auch die L. 8 C. de praescr. l. t. 7, 33 kann man mit Unterholzner S. 372 im Juſtinianiſchen Rechte hierherziehen. Im Sinne der urſprünglichen Verfaſſer iſt ſie wohl nur ein weiterer Beleg, daß für die longi temporis praescriptio der Titel pro herede nie gegolten. S. Huſchke S. 225.

180) Doch will ich es unentſchieden laſſen, ob die Uebereinſtimmung eine völlig durchgängige iſt, da ich meiner Unterſuchung ohne Noth nicht eine weitere Ausdehnung geben will, als durch ihren Zweck geboten wird.

1) pro herede nur ersitzen, wer testamenti factio, d. h. Erbfähigkeit hat. (L. 4 D. pro herede 41, 5.) Zwar beschränkt sich im Justinianischen Rechte die Erbunfähigkeit nicht mehr auf diejenigen, denen im Sinne der klassischen Juristen die testamenti factio mangelte. Vielmehr haben die christlichen Kaiser vielen Personen die Erbfähigkeit genommen, denen sie nach früherm Rechte zukam, die also testamenti factio in dem genannten Sinne hatten, als z. B. den Abtrünnigen und gewissen Ketzern, den Kindern von Hochverräthern u. s. w. [181]) Allein, wie L. 3 C. de apostat. 1, 7 zeigt, betrachtete man trotz dieser Veränderungen den Ausdruck testamenti factio stets als gleichbedeutend mit Erbfähigkeit, und in diesem Sinn ist er daher auch im Justinianischen Rechte zu verstehen und anzuwenden. [182])

2) Gegenstand der pro herede usucapio kann blos eine wirkliche Erbschaftssache sein. Es muß also nicht allein wirklich ein Erbfall vorliegen (L. 3 C. de usuc. pro herede 7, 29), sondern die Sache muß auch selber wirklich zu der Erbschaft gehören. In Ansehung einer Sache, die der vermeintliche Erbe nur irrthümlich als Sache des Verstorbenen und folglich als Stück seiner Erbschaft in Besitz nimmt, während sie in Wahrheit zu dem Vermögen eines noch Lebenden gehört, kann keine pro herede usucapio stattfinden. [183])

Anders wird zu entscheiden sein in Beziehung auf eine Sache, welche zwar nicht zu derjenigen Erbschaft gehört, der sie in gutem Glauben zugerechnet wird, die aber doch ebenfalls eine Erbschaftssache ist. Und überhaupt wird man vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes dem vermeintlichen Erben eine Ersitzung pro herede zu gestatten haben an allen denjenigen Sachen, die der wirkliche Erbe selbständig pro herede ersitzen kann. Aber noch mehr. Auch an Sachen, die bereits im

181) Vgl. Vangerow Pand. II. §. 404 (7. Aufl. S. 24 ff.), Köppen System des heut. röm. Erbrechtes S. 293 ff.

182) Eine zu enge Deutung wird der L. 4 D. cit. gegeben von Göschen Vorles. §. 261 Nr. 2 a. E.

183) Dieses sagt die L. 1 D. h. t. 41, 5. Ueber die abweichende Auslegung, welche man durchgängig der Stelle gibt, s. oben Anm. 168.

Usucapionsbesitze des Erblassers gewesen und wegen deren also der wirkliche Erbe einer selbständigen Ersitzung pro herede nicht benöthigt ist, wird man zu Gunsten des vermeintlichen Erben eine solche Ersitzung für zulässig halten müssen. Denn die L. 49 D. de V. S. 50, 16 rechnet zu dem Vermögen („in bonis") einer Person auch dasjenige, was von ihr in gutem Glauben besessen wird. Es ist nicht abzusehen, weshalb wir nicht berechtigt sein sollten, diese Definition bei der Erklärung der L. 1 D. cit. heranzuziehen und demnach die Sachen, welche schon im Usucapionsbesitze des Erblassers gestanden, in Rücksicht auf die pro herede usucapio für solche zu erklären, welche zu dem Vermögen des Verstorbenen, und folglich nicht zu demjenigen ihres noch lebenden Eigenthümers gehören. Danach werden also dergleichen Sachen von der L. 1 D. cit. nicht betroffen. Diese Art der Auslegung empfiehlt sich aber um so mehr, als ohne sie das Recht der pro herede usucapio eine erhebliche Lücke aufweisen würde. Ich komme übrigens auf sämmtliche hier angeregte Fragen weiter unten bei der Erörterung der pro herede usucapio des wirklichen Erben zurück. (S. Nr. 52.)

3) Die Sache darf noch nicht in dem Besitze des wirklichen Erben gewesen sein. Der bloße Erwerb der Erbschaft durch letztern steht dagegen an und für sich allein der pro herede usucapio noch nicht im Wege. (L. 29 D. de usucap. 41, 3.)

4) Endlich besteht auch noch im Justinianischen Rechte die besondere Ausnahme, daß gegen einen suus heres jede pro herede usucapio ausgeschlossen ist. (L. 2 C. h. t. 7, 29.)

52. Ich komme zu der andern Art von pro herede usucapio, welche frühere klassische Juristen dem wirklichen Erben an nicht wirklich, aber doch vermeintlich zu der Erbschaft gehörigen Sachen gestatten wollten.

Wir haben gesehen, daß diese Meinung nicht durchdrang, daß sie vielmehr schon von Caracalla, sodann auch von Diocletian und Maximian entschieden mißbilligt ward. (S. Nr. 47.) Das Justinianische Recht hat aber durch Einfügung der L. 3 D. pro herede 41, 5 in die Digesten auch diese Art der pro herede usucapio wieder aufgenommen.

Doch wird freilich ihr Gebiet durch einen schon früher (Nr. 47) erwähnten, besonders in §. 12 I. de usuc. 2, 6 bestimmt ausgesprochenen Grundsatz sehr erheblich eingeengt. Danach kann sie nämlich keine Anwendung finden auf Sachen, welche bereits im Besitz oder der Detention des Erblassers gestanden. An diesen setzt vielmehr, wenn sie im Usucapionsbesitze des Erblassers gewesen, der Erbe nur einfach die von jenem begonnene Ersitzung fort. War aber der Erblasser nicht in der Lage zu usucapiren, so kann es der Erbe, ungeachtet seines eigenen guten Glaubens, auch nicht.

Dem gemäß dürften als mögliche Gegenstände einer solchen pro herede usucapio zu Gunsten des wirklichen Erben, zumal wenn man bedenkt, daß sein Irrthum ein entschuldbarer sein muß, wenig andere, als folgende, übrig bleiben.

1) Sachen, welche zwar ebenfalls Erbschaftssachen sind, aber doch nicht zu der dem Erben deferirten Erbschaft gehören, dieser vielmehr nur irrthümlich von ihm zugerechnet werden.[184])

In einem solchen Fall kann die Zulässigkeit der Ersitzung in der That nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Denn hier sind ja schon alle Voraussetzungen für eine pro herede usucapio der ersten Art gegeben. In Rücksicht auf das frühere Recht muß dieses von selbst einleuchten. (S. Nr. 49 unter 1.) Im Justinianischen Rechte hat sich aber nur so viel geändert, daß jetzt außer den frühern Erfordernissen auch noch guter Glaube vorhanden sein muß, und sein Dasein ist in unserm Fall gewiß nicht zu verkennen.

Aus gleichem Grunde muß auch ein blos vermeintlicher Erbe dergleichen Sachen bei Ersitzung der Sachen, die wirklich Stücke der ihm vermeintlich deferirten Erbschaft sind, mit ersitzen können.

2) Als Stücke der Erbschaft vom Erben in Besitz genom-

184) Der Fall ist keineswegs unpraktisch. Man denke z. B. daran, daß zur Zeit einer verheerenden Seuche mehrere Insassen des nämlichen Hauses oder gar der nämlichen Wohnung, etwa zwei Ehegatten, ziemlich gleichzeitig sterben, und nun der Erbe des einen Sachen des andern irrthümlich zu der Erbschaft des ersten zählt.

mene Früchte einer Sache oder Kinder einer Sklavin, welche, ohne Eigenthum des Erblassers oder der Erbschaft zu sein, doch thatsächlich in derselben sich befindet, sofern diese Früchte oder Sklavenkinder noch nicht Eigenthum des Erblassers und auch noch nicht in seinem Besitze gewesen.

Ich sage, sie dürfen noch nicht Eigenthum des Erblassers gewesen sein; denn sonst würden sie natürlich sofort durch den Erbschaftserwerb in das Eigenthum des Erben übergehen und eine Ersitzung könnte nicht mehr in Frage kommen. So würde es sich aber namentlich verhalten mit den Früchten einer vom Erblasser in gutem Glauben besessenen fremden Sache, welche noch bei seinen Lebzeiten von der Hauptsache abgelöst worden. Die Früchte oder Sklavenkinder dürfen aber auch noch nicht im Besitze des Erblassers gestanden haben; denn sonst wäre wieder die oben (S. 275) erwähnte Regel auf sie anzuwenden.

Gegenstand unserer pro herede usucapio werden also vornehmlich nur solche Früchte und Sklavenkinder sein können, deren Ablösung oder Geburt während der Zeit der ruhenden Erbschaft erfolgt. Und zwar gilt dieses, wie ich glaube, auch von den während der genannten Zeit abgelösten Früchten einer im gutgläubigen Besitze des Erblassers gewesenen Sache. Denn nur der Besitzer einer fremden Sache erwirbt, seine Redlichkeit vorausgesetzt, sofort das Eigenthum der während seines Besitzes von ihr abgelösten Früchte. Eine Erbschaft kann aber keinen Besitz haben. Daraus scheint zu folgen, daß sie auch nicht Eigenthümerin der Früchte werden könne, deren Ablösung erst nach dem Tode des bisherigen gutgläubigen Besitzers geschieht. Oder sollte das römische Recht, gleichwie in Ansehung der Ersitzung, so auch in Ansehung des Fruchterwerbes der Erbschaft die Fähigkeit zu einem Besitze beilegen? Diese meines Wissens nirgends erörterte Frage wäre wohl einer Beachtung werth.[185])

185) Uebrigens will ich mich hier nicht tiefer in den neuerdings wieder so lebhaft verhandelten Streit über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers einlassen. Meine Aeußerungen im Texte zeigen, daß ich auf Seite der herrschenden Ansicht stehe, die meiner Ueberzeugung nach allein

Zu Gunsten der aufgestellten Sätze läßt sich auch ein ganz bestimmter Ausspruch des Corpus iuris anführen, die L. 4 §. 5 D. de usuc. 41, 3, worin es heißt:

---

mit den Aussprüchen der Quellen vereinbar ist. Und in dieser Ueberzeugung haben mich auch die jüngsten Ausführungen von Göppert Ueber die organischen Erzeugnisse (Halle 1869) S. 320 ff. eben so wenig, als die frühern Windscheid's in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. IV. S. 55 ff. und in seinem Lehrb. des Pandektenrechts §. 186, zu erschüttern vermocht. Ich beschränke mich auf die folgenden wenigen Bemerkungen. Daß die Ausdrucksweise der römischen Juristen zu Gunsten der herrschenden Meinung spricht, und daß es insbesondere Stellen gibt, „in denen eine unbefangene Betrachtung sich nie wird entschließen können, etwas anderes zu finden, als eine Anerkennung des Eigenthumsrechtes des redlichen Besitzers", wird von Windscheid (Lehrb. a. a. O. Anm. 12), wenn auch nicht von Göppert, ausdrücklich zugegeben. Aber man dürfe, sagt Windscheid, die Verfasser dieser Stellen hier nicht beim Worte nehmen, weil sonst die Verpflichtung des redlichen Besitzers, dem vindicirenden Eigenthümer außer der Hauptsache auch die fructus exstantes herauszugeben, als eine Singularität erscheinen müßte. Irre ich nicht, so wäre dieser Einwand nur unter der Voraussetzung berechtigt, wenn sich auf Windscheid's und Göppert's Standpunkte keine Singularität ergäbe. Allein ist eine solche nicht ebenfalls und noch in stärkerem Maße vorhanden, wenn, wie Windscheid und Göppert lehren, der dritte, an welchen der redliche Besitzer Früchte veräußert hat, dem Eigenthümer der Hauptsache, welcher diese Früchte vindicirt, unter Umständen aus der Person seines auctor eine auf dessen Consumtionsrecht gestützte Einrede entgegensetzen kann? Windscheid beruft sich auf die Analogie des Rechtes der hereditatis petitio, so wie es durch das s. g. SC. Iuventianum gestaltet worden ist. Allein, daß man dieses Recht in diesem Theil auch auf die rei vindicatio übertragen, dafür fehlt es an jedem Beweis, und die L. 2 C. de H. P. 3, 31 liefert sogar einen entschiedenen Gegenbeweis. Und ist es nicht ferner vom Standpunkte Windscheid's (Lehrb. §. 421 Anm. 13 u. 17, §. 422 Anm. 4) eine neue Singularität, daß der redliche Besitzer einer Sache ihrem Eigenthümer gegenüber von der Pflicht zum Ersatze für die consumirten Früchte unbedingt frei ist? Stellt sich nicht überhaupt die ganze Consumtionsbefugniß, wie sie Windscheid und Göppert dem gutgläubigen Besitzer in Betreff der Früchte zuschreiben, als etwas eben so rein positives, a priori nicht construirbares dar, als das Eigenthum, welches er nach der herrschenden Ansicht an den Früchten erhält? (Vgl. namentlich Göppert S. 363 a. Anf.) Ist aber einmal über Singularitäten und Festsetzungen von rein positiver Natur hier nicht hinwegzukommen, so wird zugegeben wer-

Fructus et partus ancillarum et foetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt.

Freilich hat die Stelle sehr viele anderweite Auslegungen erfahren. Allein nur so, wie hier, gedeutet, gibt sie, mindestens

---

den müssen, daß die Gestaltung des Verhältnisses in Gemäßheit der herrschenden Ansicht ungleich einfacher ist und viel weniger Singularitäten aufweist, als diejenige, welche Windscheid und Göppert annehmen. Denn die einzige Singularität, welche die herrschende Ansicht einräumen muß, ist eben die erwähnte Verpflichtung zur Herausgabe der fructus exstantes. Aber, fragt Windscheid (Lehrb. §. 186. Anm. 12), wenn demnach das römische Recht dem redlichen Besitzer in Ansehung der Früchte blos Consumtionsbefugniß zugestehen wollte, wie sollte es dazu gekommen sein, ihm Eigenthum zu geben? ein Eigenthum, das man ihm doch schließlich nicht lassen wollte? Ich glaube auf diese Frage antworten zu können, und zwar, indem ich es bestreite, daß das römische Recht nichts weiter gewollt, als dem redlichen Besitzer Consumtionsbefugniß gewähren. Was man praktisch erzielte, war ungleich mehr und bestand wesentlich in folgendem. An sich sollte zwar die aus der strengen Rechtsconsequenz fließende Verpflichtung, außer der Sache auch die von ihr bezogenen Früchte an den Eigenthümer herauszugeben, selbst dem redlichen Besitzer nicht völlig abgenommen werden. Allein die gebürende Rücksicht auf den guten Glauben und die Interessen des Verkehrs erforderten, daß man den Anspruch des Sacheigenthümers auf die Früchte doch nur bis zu gewissen Grenzen anerkannte. So sollte er wegen bereits consumirter Früchte von dem redlichen Besitzer niemals einen Ersatz begehren können. Ferner sollte der dritte, welcher von dem redlichen Besitzer Früchte erworben, gegen jede Abforderung derselben von Seite des Eigenthümers der Sache gesichert sein. Endlich aber und vor allen Dingen sollte das mißliche Ergebniß verhütet werden, daß der redliche Besitzer nach erfolgter Veräußerung oder Ersitzung der Hauptsache noch wegen vorher gezogener Früchte hätte belangt werden können. (Also das nämliche, was Justinian in der L. 26 pr. C. de usur. 4, 32 für den Fall der Klagenverjährung in Betreff der Zinsen und Früchte zu verordnen sich veranlaßt fand.) Alle diese Gedanken waren nur zu verwirklichen, aber auch auf das vollständigste zu verwirklichen durch die juristische Gestaltung, wie sie dem Fruchtrechte des redlichen Besitzers nach der herrschenden Auffassung gegeben worden ist. Daß insbesondere vom Standpunkte Windscheid's und Göppert's auch nach vollendeter Ersitzung der Hauptsache die Vindication vorher bezogener, aber noch nicht selbst ersessener Früchte gestattet werden müsse, wird von diesen Schriftstellern ausdrücklich anerkannt. (Windscheid in der Zeitschr. S. 124 a. E., Göppert S. 352 geg. E.) Vielleicht hätten sie aber gerade an diesem Punkte können stutzig werden,

als Stück der Justinianischen Gesetzgebung, einen vollkommen guten und unanfechtbaren Sinn. [186])

Ist nun auch in Ansehung solcher Früchte und Sklavenkinder der blos vermeintliche Erbe dem wirklichen gleich zu stellen? Ich wüßte vom Standpunkte der Justinianischen Gesetzgebung für die Verneinung nirgends einen genügenden Grund. Denn der wirkliche Erbe ersitzt dergleichen auch nur aus putativem Titel. (S. Nr. 46, 47.) Warum also dem vermeintlichen Erben, für den ganz gleiche Rücksichten sprechen, nicht ebenfalls die Ersitzung gewähren?

Aber wir müssen, wie ich glaube, auf dem Boden des Justinianischen Rechtes zu Gunsten des vermeintlichen Erben sogar noch einen Schritt weiter thun. Die oben (S. 275) erwähnten Grundsätze von dem Eintritt in die Lage des Erblas-

---

wenn sie daran gedacht hätten, daß das nämliche dann auch in Ansehung weiterer noch nicht selbst ersessener Früchte von bereits ersessenen Früchten gelten müsse, und zwar ins unbegrenzte. Als z. B. ein fremdes in meinem redlichen Besitze befindliches Schaf wirft kurz vor der Vollendung seiner Ersitzung ein Lamm, dieses kurz vor der Vollendung seiner Ersitzung ein zweites, dieses kurz vor der Vollendung seiner Ersitzung wieder eines u. s. f. (Bei der dreijährigen Ersitzungszeit des Justinianischen und gemeinen Rechtes ist dieses recht gut möglich, da das Schaf schon nach einem Jahre fortpflanzungsfähig wird und nur 21—23 Wochen trächtig geht.) Auf dem Boden der herrschenden Ansicht kann natürlich eine solche Schwierigkeit gar nicht entstehen.

186) Eine ganze Reihe verschiedener Erklärungen werden schon in der Glosse aufgezählt. Vgl. auch Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XVIII. S. 215 ff.; Janke Das Fruchtrecht. S. 90, 158; Vangerow Lehrb. d. Pand. I. (7. Aufl.) S. 625; Böcking Pand. §. 146 Note 43 (II. S. 95); Göppert Organ. Erzeugnisse S. 262 Anm. 49 und S. 344 u. a. Wenn man der L. 4 §. 5 cit. im Hinblick auf L. 2 D. pro suo 41, 10 mitunter die Auslegung gibt, daß der Erbe die Früchte, Thierjungen und Sklavenkinder, die er im Nachlasse bereits vorfindet, gleich denen, die erst bei ihm separirt werden, nicht pro herede, sondern pro suo besitze und ersitze (z. B. Janke S. 90): so bedarf es doch wohl nur eines genauern Blickes auf L. 2 cit., um sich zu überzeugen, daß darin ein solcher Satz nicht enthalten ist. Schon Paulus de Castro (laut der z. B. in dem corp. iur. gloss. Paris. 1576 vorfindlichen aus ihm entnommenen Summa der Stelle) hat die L. 4 §. 5 cit. ganz richtig auf eine usucapio pro herede bezogen.

sers gelten allein für den wirklichen Erben. Ein blos vermeintlicher Erbe kann daher nicht gleich dem wirklichen die vom Erblasser begonnene Ersitzung aufnehmen und fortsetzen. Dafür wird man ihm denn an den bereits im Usucapionsbesitze des Erblassers gewesenen Sachen wenigstens eine selbständige Ersitzung pro herede gestatten müssen. Und zu Gunsten einer solchen Ersitzung, deren Anerkennung, wie kaum der Bemerkung bedarf, auch dem wirklichen Erben zu nicht geringem praktischem Nutzen gereichen kann, sprechen auch gute äußere, schon oben (S. 274) entwickelte Gründe.

Muß man aber dem vermeintlichen Erben eine Ersitzung pro herede nicht sogar an den Sachen gewähren, welche zwar schon im Besitze, jedoch nicht im Usucapionsbesitze des Erblassers gestanden? Gewiß nicht. Die L. 1 D. h. t. 41, 5 lehnt sich dagegen auf. (S. oben S. 273.) Dazu kommt, daß in Ansehung solcher Sachen selbst dem wirklichen Erben jede Ersitzung verschlossen ist. Es kann aber sicherlich nicht als die Meinung des Rechtes betrachtet und vermuthet werden, den blos vermeintlichen Erben unter Umständen sogar noch besser zu stellen, als den wirklichen. [187])

Das Ergebniß ist, daß eine selbständige Ersitzung vermeintlicher Erbschaftssachen von Seite des wirklichen Erben in der Regel nicht stattfinden kann, und von dieser Regel sind im Justinianischen Rechte die LL. 1, 4 C. h. t. 7, 29 und L. 4 C. de praescr. l. t. 7, 33 zu verstehen. Nur ganz ausnahmsweise kann von einer solchen Ersitzung die Rede sein; auf diese Ausnahmen wird in L. 3 D. h. t. 41, 5 hingedeutet.

53. Vergleichen wir schließlich die beiden Arten der pro herede usucapio mit einander, so besteht schwerlich ein genügender Grund, sie auch noch im Justinianischen Rechte gleichsam als zwei ganz verschiedene Institute scharf aus einander zu halten. Hat doch Justinian selbst angedeutet, daß

187) Schmid Handbuch I. S. 217 will im Anschluß an Westphal und Sintenis dem vermeintlichen Erben eine Ersitzung pro herede in dem vollen angedeuteten Umfange gestatten. Wie ich glaube, mit Unrecht.

er in ihnen nur zwei verschiedene Anwendungsfälle eines und desselben Institutes erblickt, indem er sie in dem nämlichen Titel zusammen stellt.

Dieses Institut werden wir aber bestimmen können als die Usucapion desjenigen, welcher sich irrthümlich das Eigenthum einer gewissen Sache kraft Erbrechtes (titulo hereditario) zuschreibt und sie zufolge dessen in Besitz nimmt. Dabei kann der Irrthum eine verschiedene Richtung haben. Entweder der Besitzer hält sich fälschlich für den Erben, während die Sache selbst eine wirklich zu der ihm vermeintlich deferirten Erbschaft gehörige ist, oder er hält fälschlich die Sache für eine zu dieser Erbschaft gehörige, während er selbst wirklicher Erbe ist, oder endlich beiderlei Irrthum trifft zusammen.

Es wird vom dogmatischen Standpunkte, wie man ihn doch nach dem Willen Justinian's für die Betrachtung seiner Gesetzgebung vor allen Dingen einzunehmen hat, nicht ungerechtfertigt erscheinen können, in sämmtlichen Fällen, in denen aus der genannten Rücksicht eine Usucapion statthaft ist, von einer Ersitzung aus blos putativem titulus pro herede zu sprechen. [188])

188) Einen blos putativen Titel nehmen in dem gleichen Umfange schon an Puchta Vorlesungen §. 157 und Böcking Pand. II. §. 146 §. s. und §. 147. §. b. Doch wollen diese Schriftsteller nur die Usucapion wirklicher Erbschaftssachen von Seite des vermeintlichen Erben usucapio pro herede nennen und der Usucapion vermeintlicher Erbschaftssachen von Seite des wirklichen Erben nur den Namen einer pro suo usucapio zugestehen. Eine solche Verschiedenheit der Bezeichnung steht aber mit der Anordnung und Sprechweise des Corpus iuris im Widerspruche und ist durch innere Gründe in keiner Weise geboten. Denn wenn Puchta meint, daß eine von dem wahren Erben als vermeintliche Erbschaftssache in Besitz genommene fremde Sache „in keiner Beziehung zur Erbschaft stehe, und daher auch wohl nicht gesagt werden könne, daß jener sie wirklich pro herede besitze": so ist dieses, da es sich nach Puchta's Ansicht auch bei der Usucapion wirklicher Erbschaftssachen durch einen vermeintlichen Erben nur um einen putativen Titel handelt, gewiß nicht probehaltig. Oder ließe sich nicht mit ganz gleichem Rechte vorbringen: da ein blos vermeintlicher Erbe in keiner Beziehung zur Erbschaft stehe, so könne wohl nicht gesagt werden, daß er zu dieser Erbschaft gehörige Sachen pro herede besitze?

Von sämmtlichen in den Quellen berührten einzelnen Fällen der usucapio sind nur noch übrig die usu receptiones, die aber um deswillen hier keine weitere Beachtung finden können, weil bei ihnen überhaupt von einem Titel schwerlich geredet wurde. Jedenfalls ist, was wir über diese interessante Erscheinung des ältern römischen Rechtes wissen, viel zu dürftig, als daß daraus für die Einsicht in das Wesen des Titels irgend etwas zu gewinnen stünde.

Ich werde daher nunmehr sofort dazu schreiten können, das allgemeine Ergebniß aus den bisherigen Einzelbetrachtungen zu ziehen.

April 1869.

(Schluß folgt.)

X.

Mittheilungen über die Civilprozeßgesetzgebung in Rußland.

Von Herrn Dr. Franz Mittermaier
in Heidelberg.

Den Lesern des Archivs ist die russische Civilprozeßordnung vom 20. November 1864 durch die von meinem Vater gegebene Darstellung (Arch. f. c. Pr. Bd. 48, S. 273) in ihren Hauptzügen bereits bekannt. Seitdem ist dieses Gesetzbuch durch eine deutsche Uebersetzung den der russischen Sprache Unkundigen näher zugänglich gemacht worden.*) Ich hoffe, den Männern der Wissenschaft, welche die Entwicklung der Gesetzgebung des bürgerlichen Verfahrens mit Aufmerksamkeit verfolgen, einen Dienst zu erweisen, indem ich, auf Grund der

*) Die Gerichtsordnungen vom 20. November 1864 (deutsch von Constantin Hackel, Heidelberg 1867). St. Petersburg 1868. Das Buch enthält die Gerichtsbehördenverfassung (Gerichtsordnung), die Strafprozeßordnung und die Civilprozeßordnung.